RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE TRANSMISIÓN DEL VIH/SIDA POR VIA SEXUAL EN EL AMBITO JURÍDICO ESPAÑOL

JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO

Profesora Titular de Derecho civil
Departamento de Derecho civil
Universidad de Valencia

Revista de Derecho Patrimonial 34
Mayo – Agosto 2014
Págs. 229 – 265

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 1. *El impacto social y jurídico de la infección del VIH/Sida.* 2. *La política legislativa española en relación al VIH/Sida.* II. LA TRANSMISIÓN DEL VIH/SIDA POR VÍA SEXUAL. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE DICHA TRANSMISIÓN. 1. *Panorama general. Tratamiento jurídico de la transmisión del VIH/Sida por vía sexual en el ámbito internacional.* 2. *Marco jurídico de referencia relativo a la protección de terceros en relación al daño derivado de la transmisión por vía sexual del VIH/Sida en España.* III. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA TRANSMISIÓN POR VÍA SEXUAL DEL VIH/SIDA. 1. *La responsabilidad civil en los supuestos de transmisión del VIH/Sida por vía sexual.* 2. *La postura de los tribunales españoles ante los supuestos de transmisión o exposición del VIH/Sida planteados ante la jurisdicción civil.* IV. RESPONSABILIDAD CIVIL POR TRANSMISIÓN DEL VIH/SIDA POR VÍA SEXUAL DERIVADA DE ILÍCITO PENAL. 1. *La responsabilidad civil en los supuestos de transmisión del VIH/Sida por vía sexual en el ámbito penal.* 2. *Responsabilidad civil en los supuestos de transmisión o exposición del VIH/Sida por vía sexual planteados ante la jurisdicción penal.*

RESUMEN: La transmisión del VIH/Sida por vía sexual ha dado lugar a una importante controversia en el orden internacional por la penalización que algunos países han realizado de la misma, por lo que ONUSIDA ha solicitado que se deroguen todas las leyes que criminalizan la transmisión y exposición al virus. En España no existen normas específicas ni en el ámbito

ABSTRACT: HIV/AIDS through sexual transmission resulted in a major controversy in the international order by the penalty that some countries have made, by which UNAIDS has requested that all laws that criminalize the transmission and exposure to the virus repeal. There are no specific rules or in the civil sector in Spain or in the criminal that sanction expressly

ni en el penal que sancionen de manera dicha transmisión. Sin embargo, ello significa que la transmisión del VIH/Sida a sexual de forma deliberada no comporte responsabilidad. En los casos planteados nuestros tribunales, éstos han aplicado normas de nuestro ordenamiento jurídico. En el ámbito civil, nuestros tribunales han denegado responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902 CC en los casos de transmisión o exposición al VIH/Sida por daño físico o moral, fijando indemnizaciones pecuniarias. En el ámbito penal, dicha transmisión se configura como delito de lesiones agravado del artículo 149.1 CP, imponiéndose penas de prisión por responsabilidad civil, incluso aún cuando se haya producido transmisión efectiva, es decir, por la exposición al virus, por los daños físicos corporales derivados del mismo (artículos 116, 110 CP), fijando también indemnizaciones de carácter pecuniario.

Palabras clave: Responsabilidad extracontractual, responsabilidad civil ex delicto, transmisión del VIH/Sida, delito de lesiones, daños corporales, morales.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La infección por el VIH/Sida ha dado lugar a problemas de diversa naturaleza, que ha provocado la intervención del derecho para intentar solucionar conflictos jurídicos derivados de la situación generada por la existencia de una epidemia. Aunque es necesario señalar que la respuesta jurídica, sea cual sea, no va a solucionar todos los problemas de carácter humano o social que se suscitan o pueda suscitar esta enfermedad; sin embargo, el tratamiento jurídico de los mismos ha tenido una gran trascendencia para lograr el adecuado reconocimiento de los fenómenos sociales.

En particular, uno de los conflictos que ha suscitado una importante polémica jurídica y, sobre todo, social, especialmente en los colectivos de personas que viven con el VIH/Sida, ha sido el tratamiento jurídico que se ha dispensado a la transmisión por vía sexual del VIH/Sida, y a la responsabilidad derivada de la misma, y que se ha puesto de relieve en España en estos últimos años, a través de las diversas sentencias que nuestros tribunales han dictado al respecto, especialmente a lo largo de estas dos décadas del presente siglo.

Dada las características de la infección y las consecuencias sociales que ha conllevado la misma, y por la repercusión directa que han tenido en el tratamiento jurídico que se ha dado a la transmisión del VIH/Sida en nuestro ordenamiento jurídico, parece conveniente hacer una referencia breve a las mismas.

such transmission. However, this does not mean that the transmission of HIV/AIDS by sexual way of deliberately not behave responsibility. In cases raised in our courts, these have applied the rules of our legal system. In civil matters, our courts have determined extra-contractual civil liability under article 1902 CC in case of transmission or exposure to HIV/AIDS by damage, physical or moral, setting pecuniary compensation. In criminal matters, such transmission is qualified as criminal offences of injuries aggravated (article 149.1 CP), imposing imprisonment and civil liability, even when there were no effective transmission, i.e. by mere exposure to the virus, by physical or moral damage resulting from it (articles 116, 109, 110 CP), also setting compensation of pecuniary character.

Key words: non-contractual liability, civil liability ex delicto, transmission of HIV/AIDS and crime of injury, bodily damage, moral damage.

1. EL IMPACTO SOCIAL Y JURÍDICO DE LA INFECCIÓN DEL VIH/SIDA

El VIH, sigla correspondiente a «virus de la inmunodeficiencia humana», es un retrovirus que infecta las células del sistema inmunitario (principalmente las células T CD4 positivas y los macrófagos, componentes clave del sistema inmunitario celular) y destruye o daña su funcionamiento, provocando un deterioro progresivo del sistema inmunitario, que deriva en «inmunodeficiencia». Se considera que el sistema inmunitario es deficiente cuando no puede cumplir su función de combatir las infecciones y las enfermedades. Por lo que las personas inmunodeficientes son más vulnerables a las diversas infecciones que pueden afectarles. Las infecciones asociadas a la inmunodeficiencia grave se conocen como «infecciones oportunistas», ya que aprovechan la debilidad del sistema inmunitario para desarrollarse¹.

Por otra parte, la expresión Sida es un término que corresponde a «síndrome de inmunodeficiencia adquirida» y constituye una definición de vigilancia descrita por los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos (CDC) y por el Centro Europeo para la Vigilancia Epidemiológica del Sida (EuroHIV), basada en indicios, síntomas, infecciones y cánceres asociados con la deficiencia del sistema inmunitario que resulta de la infección por el VIH², y que se aplica en las etapas más avanzadas de la infección, momento en el que se manifiestan alguna o algunas de las infecciones oportunistas relacionadas con el VIH³.

La infección por el VIH no manifiesta síntomas inmediatamente, aunque durante la seroconversión puedan aparecer algunos que se pueden confundir con otras enfermedades⁴. Por esta razón, la mayoría de las personas que han contraído el virus no conocen su estado serológico, aunque desde ese momento ya pueden transmitir el virus a otros sujetos a través de las vías de transmisión que se conocen perfectamente.

1. Sobre el VIH/Sida existe una abundadísima bibliografía de carácter médico y sociológico-social. Como referencia en España se puede citar la Revista SEISIDA, Publicación oficial de la Sociedad Española Interdisciplinaria del Sida, actualmente alojada en la página web de dicha asociación, fundada e impulsada, entre otros, por el Dr. Rafael Nájera Morondo, pionero en la investigación epidemiológica del VIH/Sida en nuestro país.
2. El CDC define el Sida, además, en función de que el nivel de células T CD4 positivas presente en la sangre sea menor de 200 por mm³.
3. La Organización Mundial de la Salud (OMS) distingue diferentes etapas en el desarrollo de la infección (Vid. «Etapas clínicas provisionales del VIH y el sida y definiciones de caso para la vigilancia de la OMS» (2005), <http://www.who.int/hiv/pub/guidelines/clinicalstaging.pdf>), etapas que deben tenerse en cuenta, y de hecho así se ha producido en alguna sentencia de nuestros tribunales, para establecer la posibilidad de transmisión del virus.
4. La seroconversión alude al desarrollo de anticuerpos contra el VIH y generalmente tiene lugar entre la primera y la sexta semana tras la infección, siendo algunos de los síntomas que pueden aparecer fiebre, erupciones, dolor articular e inflamación de los nódulos linfáticos.

El virus se transmite a través del contacto directo con la sangre u otros líquidos corporales infectados; concretamente, a través de relaciones sexuales, a través de la transmisión vertical producida de madre infectada al feto, a través de transfusiones sanguíneas o utilización de productos hemoderivados o trasplantes de órganos infectados, y, por último, a través de uso de jeringuillas y agujas infectadas.

La era del sida empezó oficialmente el 5 de junio de 1981, cuando los CDC de Estados Unidos convocaron una conferencia de prensa donde describieron cinco casos de neumonía por *Pneumocystis carinii* en Los Ángeles, descubriéndose posteriormente varios casos de sarcoma de Kaposi (un tipo de cáncer de piel), en hombres homosexuales, muchos de los cuales también sufrían otras enfermedades crónicas, que más tarde se identificaron como infecciones oportunistas, falleciendo bastantes de los mismos posteriormente.

Los medios de comunicación se hicieron eco de la infección, señalando al colectivo homosexual como el responsable de su aparición, aunque inmediatamente se descubrió que también la padecían los inmigrantes haitianos en Estados Unidos, los usuarios de drogas inyectables y los receptores de transfusiones sanguíneas (que se denominó el *club de las cuatro haches*). Estos colectivos fueron designados como *grupos de riesgo*, considerando que cualquier persona que perteneciera a dichos grupos podría contraer y transmitir a infección. En 1982, dicha infección fue denominada oficialmente con el nombre de *Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS)*, aislándose el virus en 1984, lo que permitió el desarrollo de un anticuerpo, que se comenzó a utilizar para identificar a las personas infectadas y la investigación de tratamientos y posible vacuna. Y en 1986 el virus fue denominado VIH (virus de inmunodeficiencia humana).

Durante la década de los ochenta y de los noventa del siglo pasado, el padecimiento de la infección provocó en todo el mundo una reacción de pánico social ante la realidad de la pandemia, pues las cifras de infectados eran cada vez más numerosas. Varios fueron los motivos de esta reacción: se carecía de información detallada; existían pocos tratamientos y éstos no eran muy efectivos, dando lugar a efectos adversos; el pronóstico era la muerte de la persona infectada; y aunque se conocían las vías de transmisión, socialmente se pensaba que era una enfermedad contagiosa y que tal contagio se podía producir por un contacto casual. Todo lo cual determinó un enorme rechazo social de las personas infectadas, precisamente por ese miedo al contagio. Además, la estimación social de las mismas se menoscabó notablemente al asociarse el aducimiento de la infección con los denominados grupos de riesgo, que ya de por sí provocaban rechazo social.

Sin embargo, en la segunda mitad de los años noventa la situación de la infección dio un giro al descubrirse los inhibidores de la proteasa, que originaron nuevos tratamientos que paliaron el desarrollo de la misma y proporcionaron una mejor calidad de vida a las personas infectadas, dejando de hablarse de

grupos de riesgo para hablar de *prácticas de riesgo*, aunque las situaciones de rechazo y discriminación han perdurado en el tiempo hasta la actualidad⁵.

En el ámbito político, al darse cuenta de la situación social de discriminación hacia las personas infectadas y con el fin de proteger sus derechos, en 1996 se creó ONUSIDA, un programa de las Naciones Unidas destinado a coordinar las actividades de los distintos organismos especializados de la ONU en su lucha contra el VIH/Sida⁶, del cual han emanado diversas declaraciones de enorme importancia para la erradicación de la epidemia y la defensa de las personas afectadas⁷.

En España, el primer caso de VIH/Sida se detectó en Cataluña en 1981. Lo que trascendió a los medios de comunicación, que se hicieron eco de la aparición de esta infección y de las consecuencias mortales de la misma. Y, como en los demás países, en nuestra sociedad se reprodujeron la misma actitud de rechazo social y discriminación de las personas infectadas⁸.

2. LA POLÍTICA LEGISLATIVA ESPAÑOLA EN RELACIÓN AL VIH/SIDA

En España no existe, como así sucede también en la mayoría de los países (salvo algunas excepciones), una regulación completa y sistemática de los problemas jurídicos derivados del VIH/Sida.

La política jurídica llevada a cabo en nuestro país ha seguido una doble vía. Por un lado, se han desarrollado en torno a dicha infección una serie de normas jurídicas específicas emanadas del Estado y de las distintas Comunidades Autónomas que no pretenden realizar una regulación exhaustiva de los diversos problemas que ha podido suscitar la existencia y transmisión de esta enfermedad, sino tan sólo regular cuestiones muy puntuales relativas a la prevención y control de la misma⁹. Por otro lado, se han adaptado disposiciones

5. Vid. el *Informe mundial sobre la situación del VIH/Sida* publicado por ONUSIDA en noviembre de 2013. Este organismo calcula que actualmente viven con el VIH alrededor de 35 millones de personas en el mundo, según se recoge en *El Sida en cifras*, ONUSIDA, 2013. En dicho documento se señala que, a fecha de 2012, en España existen alrededor de 140.000 personas que viven con el VIH.
6. Entre los organismos asociados se encuentran OIT, OMS, UNICEF, ACNUR y el Banco Mundial, entre otros.
7. En una de sus últimas declaraciones, *Declaración política sobre el VIH/Sida: intensificación de nuestro esfuerzo para eliminar el VIH/Sida*, de 8 de junio de 2011, ONUSIDA se reafirma en el compromiso de promover el respeto y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, y de hacer frente al estigma y la discriminación (núms. 38 y 39).
8. Vid. el informe realizado por la Fundación Fipse, *Discriminación y VIH/Sida. Estudio Fipse sobre discriminación arbitraria de las personas que viven con VIH o Sida*, Madrid, 2005.
9. Concretamente, dichas normas se refieren a las pruebas de detección del virus del VIH/Sida, que se han establecido obligatoriamente sobre el plasma sanguíneo y productos hemoderivados, sobre las donaciones de sangre, y en materia de obtención, extracción y trasplantes de órganos humanos; a la creación de Comisiones y Programas de

diversa naturaleza y contenido de nuestro ordenamiento jurídico, ampliando ámbito de aplicación al VIH/Sida¹⁰.

Por otra parte, hay que señalar que el marco constitucional establecido en nuestro país se muestra proclive a la promoción y al respeto de los derechos de las personas, y, entre ellas, de aquellos que se encuentran en una situación de enfermedad, singularmente en virtud de los artículos 10, 14, 9 y 15 y siguientes. En el marco de estos valores y principios constitucionales se debe desarrollar la legislación de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que aquella legislación que sea contraria a los principios establecidos en nuestra Constitución queda derogada por virtud de la Disposición Derogatoria tercera de la propia Constitución y que la legislación elaborada con posterioridad a la misma que menoscabe alguno de los valores y principios establecidos en ella puede impugnarse como inconstitucional por virtud de los artículos 161 y siguientes de la misma.

En consecuencia, la legislación relativa al VIH/Sida viene presidida (salvo una excepción) por los principios de respeto a la dignidad de las personas afectadas y de sus derechos, especialmente los fundamentales, por el de igualdad y por el de confidencialidad.

A pesar de dicha protección, en nuestra realidad social, el padecimiento de una persona de la infección por VIH/Sida ha provocado problemas tanto en el ámbito estrictamente personal y familiar del sujeto como en otros ámbitos sociales públicos (laboral, sanitario, penal, etc.), suscitando situaciones de cierta tensión social, que han debido resolver los Tribunales de justicia¹¹.

seguimiento de la epidemia; a la declaración obligatoria de la enfermedad en algunas Comunidades Autónomas; al establecimiento de la prueba de detección del virus VIH/Sida en las intervenciones médicas para la obtención, utilización y recepción del semen con fines de reproducción humana; a la regulación concreta en diversas Comunidades Autónomas de medidas de prevención para trabajadores de servicios personales no sanitarios; y, por último, al otorgamiento de subvenciones y ayudas a las personas afectadas por VIH/Sida.

Vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J., «La incidencia del SIDA en el ámbito jurídico español», en *Revista SEISIDA*, 10 (4), 1999, pp. 210-212, y «Drogodependencia, VIH y prevención. Efectos jurídicos de la falta de prevención», *Revista Española de Drogodependencias*, 33 (4), 2008, pp. 331-333.

Vid., entre otros, ALVENTOSA DEL RÍO, J., VIDAL MARTÍNEZ, J., «La incidencia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) en el ámbito jurídico», *RGD*, Valencia, 1992, pp. 11965-11975; ALVENTOSA DEL RÍO, J., «SIDA y Derecho al trabajo y a la educación», *RGD*, Valencia, 1995, pp. 3611-3628; BARRIOS FLORES, L. F., *VIH/Sida y Derecho. El marco jurídico: derechos del paciente y responsabilidad sanitaria*, Madrid, 2008; MIR PUIG, S., *Problemas jurídico-penales del SIDA*, Barcelona, 1993; ROMERO CASABONA, C. M.^a, «Responsabilidad médico-sanitaria y SIDA», *Actualidad penal*, 1993 (32); ROMERO RODENAS, M.^a J., *Sida y toxicomanías. Un análisis jurídico-laboral y de seguridad social*, Madrid, 1995; SÁNCHEZ CARO, J., GIMÉNEZ CABEZÓN, J. R., *Derecho y SIDA*, Madrid, 1995; SOLA RECHE, E., «Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente VIH», *Derecho y Salud*, 3 (1), 1995; VIDAL MARTÍNEZ, J., «Derecho y SIDA: Persona, responsabilidad y tutela», *RGD*, Valencia, 1995.

Así pues, en nuestro sistema jurídico, donde prevalece la protección a la persona y a sus derechos, se hace necesario buscar el equilibrio entre la protección de los derechos de las personas infectadas y la protección de los derechos de terceros que pudieran ser afectados por dicha infección. Y ésta es una de las cuestiones fundamentales que se contempla o se debate en materia de transmisión del VIH/Sida.

II. LA TRANSMISIÓN DEL VIH/SIDA POR VÍA SEXUAL. RESPONSABILIDAD DERIVADA DE DICHA TRANSMISIÓN

1. PANORAMA GENERAL. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA TRANSMISIÓN DEL VIH/SIDA POR VÍA SEXUAL EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.

A nivel mundial, la transmisión del VIH/Sida por vía sexual ha dado lugar a una gran controversia jurídica entre la doctrina científica.

No hay que perder de vista que el VIH/Sida es una más entre otras enfermedades de transmisión sexual (por ejemplo, el VHC); sin embargo, lo que distingue ésta enfermedad de las otras en punto a su trascendencia jurídica es, por un lado, que no existe actualmente curación para la misma y que los tratamientos se han constatado como bastante eficaces a la hora de paliar el desarrollo de la misma, pero éstos tienen efectos secundarios importantes, y, por otro lado, que su padecimiento implica graves discriminaciones y desmerecimiento social¹².

El tratamiento jurídico de esta cuestión ha sido muy diverso en los distintos países del mundo, con consecuencias muy negativas para las personas infectadas, dado que en algunos países se ha llegado a sancionar, especialmente por vía penal, las simples conductas de riesgo de transmisión, la no divulgación del estatus de seropositividad, o la mera exposición al virus. Todo ello provocó que en los colectivos de personas infectadas y en ciertos ámbitos jurídicos se llegara a hablar de la criminalización del VIH¹³.

12. Así lo estima también BARRIENTOS ZAMORANO, M., *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, 2007, p. 108, cuando compara el contagio del VIH con el del VHC, sobre todo en cuanto a las posibilidades de curación y de fallecimiento de las personas afectadas.

13. A esta cuestión han prestado especial atención un sector de la doctrina penalista, sobre todo en los primeros momentos en donde se producen consecuencias jurídicas derivadas de la transmisión del VIH; así, por ejemplo, LUZÓN PEÑA, D. M., MIR PUIG, S., SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Problemas jurídicos penales del Sida*, Barcelona, 1993, aunque manteniendo alguna postura diversa a las directrices establecidas por ONUSIDA posteriormente. En los medios sociales se ha recordado la trascendencia de las consecuencias jurídicas de esta cuestión en diversas ocasiones por la autora (ALVENTOSA DEL RÍO, J., «Deber de información a la mujer por pareja seropositiva y su protección jurídica», *Revista SEISIDA*, 24-26 noviembre 2004, Madrid, p. 177; «Consecuencias jurídicas en el área mediterránea de la transmisión sexual del VIH/SIDA», *Revista SEISIDA*, 2009; «La transmisión del VIH en la jurisprudencia española: ¿criminalización del VIH?», Comunicación al Congreso SEISIDA, 2012).

En estudios específicos realizados sobre el tema, se han recogido las diversas posturas legislativas que los estados han adoptado sobre la cuestión¹⁴. Evidentemente, la situación jurídica sobre la regulación de la transmisión del VIH/da se podría resumir de la siguiente manera.

Por un lado, hay un grupo de países en los que se castiga la transmisión, posición y divulgación del VIH por vía sexual a través de normas específicas, algunas de ellas de carácter penal, incluyendo penas de prisión. Entre ellos, algunos países de África, Asia y de América del Sur, y también algunos estados Unidos y de Canadá.

Por otro lado, existen otros países, generalmente de Europa, en los que se sanciona la transmisión del VIH aplicando las normas ya existentes en el ordenamiento jurídico del país del que se trate. Así, en Francia, Italia, Alemania, Reino Unido y España, seguidas de algunos países de Asia, África, América del Sur y Oceanía.

Por último, hay algún país que sólo sanciona la exposición al VIH cuando esta es intencionada, tal como sucede en los Países Bajos.

Esta diversidad de situaciones, y, sobre todo, la penalización jurídica de determinadas conductas de las personas seropositivas, determinaron la intervención de algunos organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales, que emitieron diferentes informes y recomendaciones para paliar la reciente criminalización de las personas infectadas¹⁵. Concretamente, en la *Declaración de Oslo sobre la criminalización del VIH*, que revela en general

Cfr. el Documento de ONUSIDA, *Criminalización del VIH de no divulgación, exposición y transmisión: Antecedentes y panorama actual*, documento preparado como base para la Reunión de Expertos en la ciencia y la Ley de Penalización del VIH de no divulgación, exposición y transmisión, Ginebra, Suiza, 31 agosto-2 septiembre 2011 (versión revisada en febrero 2012), donde se exponen con detalle las diferentes legislaciones del mundo, señalando los porcentajes de procedimientos judiciales que se han planteado ante las diversas jurisdicciones de los distintos países. Por otra parte, en el Informe elaborado por La Red Mundial de Personas que Viven con el VIH (GNP+), en la Cumbre de Liderazgo Positivo, 19 y 20 de julio de 2012, Washington D.C., Estados Unidos (revisado en septiembre de 2012), se señala con relación a las leyes que penalizan la transmisión, la exposición o la no revelación del estado serológico respecto al VIH, que la situación está empeorando pues cada vez existen más leyes que no respaldan los objetivos de salud pública, la prevención ni a las mujeres, destacando que más de 68 países tienen leyes penales específicas para el VIH, y al menos 43 han presentado cargos contra personas seropositivas en al menos una jurisdicción, significando que las leyes son discriminatorias cuando tratan al VIH de forma diferente a otras enfermedades transmisibles.

De especial importancia es la *Declaración de Oslo sobre la criminalización del VIH*, preparada por la Sociedad Civil Internacional en Oslo (Noruega) el 13 de febrero de 2012, integrada por miembros de organizaciones civiles de todo el mundo, reunidos la víspera de la Consulta de Alto Nivel sobre la Ciencia y la Legislación de la Criminalización de la falta de revelación de estatus VIH, la exposición y la transmisión global, convocada por el gobierno de Noruega y ONUSIDA.

la postura de dichos organismos, se advierte que la criminalización de la no revelación del estatus VIH, de la exposición potencial y de la transmisión no intencional está generando más daños que beneficios en términos de impacto en la salud pública y en los derechos humanos, por lo que no debería sancionarse penalmente tales situaciones, aunque en el caso de que, luego de una meticolosa revisión a nivel nacional basada en la evidencia, se estimara que los procesos judiciales relacionados con el VIH fueran necesarios, los mismos deberían basarse en principios de proporcionalidad, previsibilidad, motivación, causalidad y no discriminación, además de estar informados por los avances científicos y médicos más actualizados, basarse en el daño y no en el riesgo de daño, y ser consistentes tanto con los objetivos de salud pública como con las obligaciones internacionales en el área de derechos humanos; y por otra parte, en los casos en los que la ley general se está utilizando en procesos judiciales relacionados con el VIH, se debe aclarar la naturaleza exacta de los derechos y responsabilidades de las personas que viven con VIH, idealmente mediante lineamientos policiales y de la fiscalía producidos a través de la consulta con todos los actores involucrados para asegurar que las investigaciones policiales sean apropiadas y que las personas con VIH tengan un acceso adecuado a la justicia.

La polémica generada por la transmisión del VIH ha determinado la elaboración por ONUSIDA de algunos documentos concretos relativos a dicha cuestión¹⁶. La postura de este organismo es la siguiente. ONUSIDA considera que los Estados no deberían crear normas específicas penales sobre la transmisión del VIH por cuanto dichas normas pueden contribuir a una mayor estigmatización de las personas que viven con dicha infección. Teniendo en cuenta, además, que se ha observado que las normas que penalizan dicha transmisión no han sido bien redactadas y en ellas no se precisa cuáles son las condiciones para que una persona seropositiva deba ser procesada, señalando que, en general, no se ha tenido en cuenta la evolución de los conocimientos científicos sobre la epidemiología, prevención y tratamientos del VIH. Por lo que dicho organismo recomienda que sólo se sancione la transmisión cuando la persona infectada, conociendo su estado serológico, actúe con la intención de transmitir el VIH, o cuando de hecho se transmita. Sin embargo, considera que el derecho penal no

16. Entre ellos, merecen destacarse *Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH: Un documento de opciones políticas*, preparado por Richard ELLIOTT (de la Red Jurídica Canadiense sobre el VIH/Sida, Montreal, Canadá), Ginebra, junio 2002; *Informe de política: Penalización de la Transmisión del VIH*, Ginebra, agosto 2008; M. WEAIT, *The Criminalisation of HIV Exposure and Transmission: A Global Review*, y S. BURRIS, M. Weait, *Criminalisation and the moral responsibility for sexual transmission of HIV*, Working paper prepared for the Third Meeting of the Technical Advisory Group of the Global Commission on HIV and the Law, 7-9 July 2011, y el Informe *El VIH y la Ley: Riesgos, Derechos y Salud*, realizado por la Comisión Global sobre VIH y Derecho (Comisión establecida a solicitud de la Junta Coordinadora del Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA y respaldada por una secretaría con base en el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo), julio 2012.

debe aplicarse en los casos en que no exista riesgo significativo de transmisión o cuando la persona desconocía su estado de seropositividad¹⁷.

Como se observa, la polémica generada por la transmisión del VIH/Sida se centra en la sanción penal de la misma, pero no se hace especial referencia a la posible sanción civil. No obstante, en los documentos de ONUSIDA, cuando se describen los niveles de responsabilidad mental de una persona seropositiva transmitente del VIH, se señala que habitualmente la conducta que es simplemente negligente no está sujeta a sanción penal aunque puede acarrear responsabilidad civil¹⁸.

2. MARCO JURÍDICO DE REFERENCIA RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE TERCEROS EN RELACIÓN AL DAÑO DERIVADO DE LA TRANSMISIÓN POR VÍA SEXUAL DEL VIH/SIDA EN ESPAÑA

En nuestro país, para abordar el tratamiento jurídico de la transmisión del VIH/Sida hay que partir de dos observaciones.

En primer lugar, como se ha indicado anteriormente, y por respeto a los derechos fundamentales de la persona infectada (en particular al derecho a la intimidad personal y al principio de confidencialidad, y al derecho a la libertad), en nuestro derecho no existen normas que impongan a dichas personas adoptar medidas de prevención de manera obligatoria, ni a comunicar su estado de seropositividad a terceros.

Y en segundo lugar, no existe en nuestro derecho ninguna norma que penalice de manera expresa y directa la transmisión del VIH/Sida, ni, por tanto, mucho menos el simple padecimiento de la infección o la exposición al virus.

Sin embargo, esto no quiere decir que las personas infectadas se encuentren exentas de responsabilidad cuando provoquen una transmisión del VIH sin haber utilizado las medidas mínimas de prevención o sin haber advertido a los terceros, cuando exista riesgo de transmisión de dicha infección.

17. Vid. especialmente, el *Informe de política: Penalización de la Transmisión del VIH*, cit., pp. 1-5. Recomendaciones que se basan, además, en las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*, ONUSIDA, Ginebra, 2006, cuya Cuarta Directriz señala: «Ni la legislación penal ni la sanitaria deberían prever delitos específicos contra la transmisión deliberada e intencionada del VIH sino que deberían aplicarse a esos casos excepcionales las figuras delictivas generales. Esta aplicación de la ley debería asegurar que los elementos de previsibilidad, intencionalidad, causalidad y consentimiento estén clara y legalmente demostrados para que se pueda condenar a una persona o imponerle penas más severas». Debiendo garantizar los derechos humanos de dichas personas, en especial, el derecho de toda persona a la intimidad, al más alto nivel posible de salud, a la no discriminación, a la igualdad ante la ley, la libertad y la seguridad (artículos 3, 7 y 12 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y 12 del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*). Vid. *Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH: Un documento de opciones políticas*, cit., p. 41.

En nuestro ordenamiento jurídico existen diversos instrumentos que permiten proteger a la persona del daño efectuado por un tercero, ya que el *derecho a la vida y a la integridad física*, en donde se incluye el derecho a la salud física y psíquica, son derechos fundamentales de la misma (artículo 15 CE) y nuestra Constitución consagra, entre otras cosas, el *respeto a los derechos de los demás* como fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10 de la CE).

En este sentido, existen en nuestro derecho dos figuras importantes, entre otras, que protegen a la persona de los daños efectuados por un tercero, y que, como se verá, han sido utilizadas por nuestros tribunales en la cuestión tratada.

Por un lado, en el ámbito civil, en nuestro Código se establece la responsabilidad civil extracontractual por los daños, tanto de carácter físico como moral, realizados a terceros, en cuanto el artículo 1902 establece que: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado».

Por otro lado, el Código penal protege a la persona de estos daños a través de la responsabilidad derivada de los delitos contra las personas, especialmente, artículos 147 y 149, y ss., en los que se imponen penas de prisión al transmitente, además de poder atribuirle la correspondiente responsabilidad civil (artículos 109 y 116 CP).

Ante la inexistencia de una norma en nuestro derecho relativa a la transmisión del VIH, nuestros tribunales han recurrido a la aplicación de estas figuras en los conflictos que se le han planteado¹⁹.

Por tanto, nuestro país se ha decantado por seguir una de las directrices establecidas por Naciones Unidas en varios de los documentos emitidos al respecto²⁰, y así, por un lado, no ha establecido una legislación específica en relación al VIH/Sida ni, por otro lado, ha decretado normas especiales en relación a la transmisión del VIH, sino que ha utilizado la normativa general relativa a los daños a terceros, adaptándola a las circunstancias del caso. Sin

19. En nuestros Tribunales se han planteado diversos casos de posible o efectiva transmisión del VIH ante la jurisdicción civil y penal. Concretamente se han planteado 21 casos en ambas jurisdicciones: 19 casos ante la jurisdicción penal y 2 casos ante la jurisdicción civil, entre 1996 y 2012, cuyas resoluciones han sido analizadas desde un punto de vista multidisciplinar por el equipo formado por Julia Del Amo, Francisco Bolmar-Montero, M^a José Fuster, Matthew Weaitt, y Josefina Alventosa, y cuyos resultados se presentaron en la comunicación oral *Time trends and characteristics of legal complaints for alleged sexual HIV transmission in Spain, 1996-2012*, en el XVI Congreso Nacional sobre el Sida-XI International AIDS Impact Conference, Barcelona, 29 septiembre- 2 octubre 2013.

20. Así en *Derecho penal, salud pública y transmisión del VIH: Un documento de opciones políticas*, cit., p. 45, y en *Informe de política: Penalización de la Transmisión del VIH*, cit., p. 5, en consonancia con las *Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), 1998, Directriz Cuarta.

ibargo, no ha seguido estrictamente las directrices señaladas por Naciones Unidas, dado que en algunas cuestiones concretas se ha apartado de las pautas marcadas por las mismas.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA TRANSMISIÓN POR VÍA SEXUAL DEL VIH/SIDA

Como se ha indicado, dado que nuestro país ha optado por no legislar de modo concreto sobre la infección y por no sancionar de modo específico la transmisión del VIH/Sida, no existe ninguna norma que establezca la responsabilidad civil derivada de dicha transmisión. Por lo que nuestros tribunales, ante casos de conflicto, han aplicado la normativa general recogida en nuestro Código civil.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DEL VIH/SIDA POR VÍA SEXUAL

En nuestro ordenamiento jurídico, la salud de una persona, tanto física como psíquica, es un bien de la misma, manifestación del derecho a la integridad física y moral, que en nuestro sistema constituye un derecho fundamental (artículo 15 CE), además de configurarse también como un derecho de la personalidad, con los caracteres propios de los mismos de ser esenciales, inherentes a la persona, absolutos y especialmente protegidos²¹.

Por su parte, el artículo 43 CE reconoce el derecho a la protección de la salud, correspondiendo a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, siendo que la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. Nuestra norma fundamental se reconoce pues la protección a la salud de las personas, como manifestación del derecho a la integridad física consagrado en el citado artículo 15. Lo que se pone de manifiesto en el artículo 1 de la Ley 986, de 25 de abril, General de Sanidad, según el cual dicha norma tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la CE, siendo titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan su residencia en el territorio nacional. Siendo otra manifestación de la protección a la salud el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en cuyo artículo 8 se

Hay que recordar que el derecho a la salud se encuentra recogido también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 que establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, tanto a él como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

considera que es un derecho básico de los consumidores y usuarios la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.

En el caso de una lesión al derecho a la integridad física, en sus varias manifestaciones, como ha señalado la doctrina, la función de la responsabilidad civil va encaminada a la reparación del daño causado no a su reintegración²², lo que se debe hacer extensible a una lesión a la salud de la persona²³. Siendo la tutela aquiliana una de las formas de protección de este derecho²⁴.

Como se ha indicado anteriormente, nuestro CC establece que el que causa daño a otro, ya sea por acción u omisión, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado (artículo 1902). Entiende doctrina y jurisprudencia que tal daño incluye tanto los daños biológicos o psicofísicos, comprendiendo los daños morales, como los daños materiales y/o patrimoniales²⁵. Es doctrina generalizada que los elementos que tradicionalmente integran la responsabilidad civil lo constituyen una conducta activa u omisiva del agente del daño, el criterio de imputación, la existencia de un daño injusto que afecte un derecho jurídicamente tutelable y la existencia de una relación causal entre aquella conducta y el daño producido, aunque algunos de estos elementos han sufrido una evolución en la apreciación e interpretación de los mismos²⁶.

22. Así, REGLERO CAMPOS, F., «Conceptos generales y elementos de delimitación», *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., 2006, p. 96. En el mismo sentido se manifiesta de manera más explícita los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, elaborados por el European Group on Tort Law, en Viena en 2005, que nuestros tribunales han incorporado ya en algunas de sus sentencias, en cuyo artículo 1:101 se establece que «La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo», considerando, entre otros intereses protegidos, en el artículo 2:102 que «la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia». Vid. European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, coord. Miquel MARTÍN-CASALS, Thomson-Aranzadi, 2008; y PALAO MORENO, G., *Responsabilidad civil extracontractual en el Derecho europeo*, Valencia, 2008.
23. El daño a la salud se incluye también dentro del daño corporal en el artículo 10:202 de los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*.
24. Así lo considera VICENTE DOMINGO, E., «El daño», *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pp. 280-281.
25. Cfr. REGLERO CAMPOS, ob. cit., p. 101. Vid. también en cuanto a la conceptualización del daño corporal, VICENTE DOMINGO, ob. cit., pp. 279-304, y *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Barcelona, 1994. En los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil* se recoge también la diversidad de daños que supone la responsabilidad extracontractual, haciendo referencia a los daños patrimoniales y daños no patrimoniales, incluyendo dentro de los primeros el daño corporal y la muerte en el artículo 10:202, que dispone que «En el caso de *daño corporal*, lo que incluye el *daño a la salud física y a la psíquica* si comporta una enfermedad reconocida, el *daño patrimonial* incluye la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica».
26. Cfr., entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988; DIEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil, II, 2, Contratos en especial*.

A la vista de estas consideraciones, cabe plantearse si la transmisión del VIH/Sida afecta a alguno de los bienes del tercero afectado y si produce un daño apreciable desde el punto de vista jurídico.

La infección por el VIH/Sida provoca desde su adquisición una limitación a la salud física de las personas²⁷, y a medio y largo plazo, la posibilidad de desarrollo de las denominadas enfermedades oportunistas, e, incluso, dado el estigma y la discriminación que, como se ha visto anteriormente determina el padecimiento de la infección en un sujeto, puede causar también daños morales, aún cuando ni siquiera se transmita de manera efectiva dicho virus.

Por ello, se puede considerar que cuando un sujeto transmite a otro dicha infección, sin su conocimiento ni consentimiento, está vulnerando uno de los derechos fundamentales más importantes y un bien de la personalidad, cual es el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), dado que queda afectada la salud del mismo²⁸. Además, hay que tener en cuenta que, como así ha sucedido en alguno de los supuestos planteados ante nuestros tribunales, el desarrollo de la infección puede provocar el resultado de muerte en la persona infectada por el transmitente²⁹, en cuyo caso, se ha lesionado el derecho a la vida, consagrado como fundamental en el mismo artículo 15 CE.

En este sentido, los daños causados a un tercero por la transmisión del VIH/Sida se considerarían un daño producido en la esfera corporal de la persona, y se encuadraría en el primero de los grupos señalados por la doctrina³⁰.

Quasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, 10ª ed., 2012, pp. 320-321; LASARTE ÁLVAREZ, C., Principios de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones, 14ª ed., 2010, pp. 298-312; PASCUAL ESTEVILL, L., La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual, II, 2º, Parte especial, Barcelona, 1990, pp. 507-626; PENA LÓPEZ, J. Mª et alii, Derecho de responsabilidad civil extracontractual, Barcelona, 2004; REGLERO CAMPOS, ob. cit., pp. 67-75.

Entre otras cosas, el sistema inmunitario ya se encuentra infectado por lo que han disminuido las defensas frente a otras posibles infecciones, y la posibilidad de procreación no se puede realizar de modo natural sin que exista el riesgo de dañar a terceros. Así lo estiman también, OSTERLING PARODI, F.; CASTILLO FREYRE, M., «Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: Sida y responsabilidad», *Derecho y Sociedad*, año XIV, núm. 20, agosto 2003.

PENA LÓPEZ, J. M., *La antijuricidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1998, p. 42, señala que el daño representado por un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial, integra la categoría del daño jurídicamente relevante una vez que es tenido en cuenta por la norma y ésta le otorga unos efectos jurídicos determinados. No cabe duda que la infección por el VIH supone un menoscabo en la esfera corporal de la persona, la cual está protegida por diversas normas de nuestro ordenamiento, como ya se ha puesto de relieve.

Así ocurrió en el supuesto examinado por la S Juzgado de lo Penal de Barcelona 29 mayo 2006 (SJP 18/2006).

NAVEIRA ZARRA, M. Mª, «El evento dañoso», en *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 44-45, señala que el daño para ser resarcible ha de ser cierto, aunque la certeza no debe confundirse con la actualidad, pues es posible calificar

Aunque esa lesión en la esfera corporal puede implicar también daños morales, tanto por el impacto psicológico que habitualmente dicha transmisión causa en el sujeto afectado como por el desmerecimiento social que conlleva el padecimiento de la infección.

Hay que significar que los daños corporales pueden tener también consecuencias en el ámbito patrimonial del sujeto infectado por la transmisión, dado que el padecimiento de la misma conlleva en muchas ocasiones a medio plazo una limitación en la capacidad laboral del sujeto³¹.

Por todo lo cual es posible que al sujeto perjudicado por la transmisión se le pueda atribuir una reparación pecuniaria³² por los daños corporales o físicos producidos por dicha transmisión, por los daños patrimoniales causados y por los daños morales derivados de la misma³³.

Precisado pues que la transmisión del VIH/Sida supone la lesión de derechos de la persona, causando daños irreparables en la misma, hay que señalar que el transmitente será responsable de dichos daños en tanto en cuanto se reúnan los demás elementos que determinan dicha responsabilidad.

La existencia de la responsabilidad requiere un comportamiento o conducta de acción u omisión por parte del agente del daño, en este caso, el transmiten-

como cierto un daño que todavía no ha tenido lugar (daño futuro), como es el caso de las lesiones físicas padecidas por una persona. En este sentido, este sería el caso de la transmisión del VIH, de la cual, como ya se ha indicado, pueden resultar en un futuro enfermedades oportunistas y no sólo el debilitamiento del sistema inmunitario que es lo primero que origina el virus al entrar en el cuerpo humano.

31. Así, en el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por el que se modifica el anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, se establecen normas concretas para la valoración de la discapacidad en casos de infección por VIH, señalando que «Dadas las especiales características que concurren en las personas con infección VIH, se considera fundamental que la valoración sea multidisciplinar y realizada en todos los casos por los tres técnicos del equipo de valoración: médico, psicólogo y trabajador social».
32. Según BARRIENTOS ZAMORANO, ob. cit., pp.110-111, los criterios de resarcimiento, extraídos de la jurisprudencia en los contagios por VIH y VHC, son los siguientes: valoración del virus que ha sido contagiado, edad de la víctima, desarrollo o no de la enfermedad, fallecimiento del infectado, consecuencias físicas y psíquicas que la enfermedad provoca en el infectado, estado familiar, grado de afección de la vida íntima, y costo del tratamiento y posible riesgo de contagio.
33. En este sentido, de manera general, VICENTE DOMINGO, «El daño», cit., p. 279, quien en pp. 130-133 distingue dentro del daño corporal, el dolor físico, que es el que experimenta la víctima como consecuencia de la lesión física, y el dolor moral derivado del daño corporal, que es un impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, directamente condicionado por las circunstancias de las personas, tiempo y modo; de manera específica, señalan la existencia de estos tipos de reparación en la transmisión por VIH, Barrientos Zamorano, ob. cit., p. 109, y Osterling Parodi, Castillo Freyre, «Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades: Sida y responsabilidad», cit.

e³⁴. En el caso de la transmisión del VIH parece que dicho comportamiento es simultáneamente activo y omisivo, pues, por un lado, supone la realización de actividades sexuales por el agente del daño, y, por otro lado, requiere que, al mismo tiempo, no se hayan utilizado las correspondientes medidas de prevención o no se haya informado a la pareja del padecimiento del VIH (así se exige en las SSAP Baleares 14 septiembre 2001, AC 2001, 222 y Madrid 10 julio 007, AC 2007, 1899³⁵).

Este comportamiento, además, debe ser culposo o negligente en el sentido que el sujeto no haya puesto la diligencia debida para evitar dicha transmisión³⁶, que en el caso del VIH comporta la utilización de las correspondientes medidas de prevención o la información de su padecimiento a la pareja. Cabe preguntarse si se podría atribuir responsabilidad al transmitente que, utilizando dichas medidas y por accidente ajeno a su voluntad, transmite el VIH a su pareja; no se ha planteado ningún supuesto de este tipo ante la jurisdicción civil; sin embargo, en la jurisdicción penal se examinó un supuesto en el que el sujeto utilizó el medio de protección correspondiente (preservativo) que se

- Así se subraya también en los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, en cuyo artículo 3:101 se considera *conditio sine qua non* para que exista relación de causalidad, «Una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido».
- En la jurisdicción penal, que se examinará con posterioridad, para la imputabilidad del delito de lesiones por transmisión del VIH también se exige que no se hayan utilizado las medidas de prevención o la falta de información a la pareja de dicho padecimiento en el transmitente.
- En cuanto a la conducta omisiva, Reglero Campos, «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima o fuerza mayor. La concurrencia de culpas», *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pp 366-367, señala que «así como en las conductas activas la medida de la diligencia viene representada, sobre todo, por el criterio de la previsibilidad, en la imputación por omisión, interviene, además, otro elemento fundamental, como es el de la exigibilidad, entendiéndose por tal la conducta que está obligada a observar una persona para evitar o aminorar situaciones de riesgo en el marco de las relaciones sociales o de la actividad económica», de manera que deberá considerarse «causa adecuada del resultado dañoso la omisión de aquellas medidas que evitarían o aminorarían de forma apreciable la posibilidad de acaecimiento de hechos dañosos que normal o razonablemente cabe prever en el marco de la actividad de que se trate, atendiendo a sus circunstancias específicas», no considerando causa adecuada del resultado dañoso la omisión de medidas desproporcionadas en relación con la naturaleza de una determinada actividad. En los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil* el artículo 4:101 establece que «Una persona responde con base en la culpa por la violación intencional o negligente del estándar de conducta exigible», y en el artículo 4:102 se define cuál es ese estándar de conducta exigible al señalar que «es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos».

rompió por accidente transmitiendo el virus a su pareja, a quien no informó de su padecimiento inmediatamente, como consecuencia de lo cual resultó infectada ella y la hija que tuvo; la STS 6 junio 2011 (RJ 2011, 4542) consideró que se había producido un delito de lesiones imprudente (artículos 152, 1, 2º, en relación con 149, 1º y 77, aps. 2 y 3 CP), atribuyendo, además de la pena correspondiente, responsabilidad civil, considerando que se estaba ante un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas o, en todo caso, susceptible de generar un riesgo real y efectivo, cualquiera que fuere el origen o causa del mismo, que se concretó en los lesivos resultados (constitutivos de «grave enfermedad somática») en las personas, primero de la pareja y luego de la hija de ambos, resultados que reúnen, a su vez, los requisitos de previsibilidad y evitabilidad necesarios para completar la configuración del supuesto culposo sancionado en el precepto penal de referencia³⁷.

Por otra parte, cabe preguntarse si es necesario para la atribución de dicha responsabilidad que el sujeto sea consciente de su infección, pues en principio la ignorancia de padecerla determinaría que el sujeto fuera inimputable³⁸. No obstante, nuestros tribunales atribuyeron culpa extracontractual a un sujeto que desconocía que estaba infectado pero realizaba prácticas de riesgo, en virtud de lo cual señalaron que, dada la información al respecto de este padecimiento que se ha producido en nuestra sociedad, era factible prever que podía transmitir la infección, por lo que las notas de evitabilidad y previsibilidad, características de la culpa, concurrían en el caso de autos (SAP Baleares 14 septiembre 2001). Señala la doctrina que en estos supuestos la conducta que merece reproche es la que emana de la omisión de información de un posible contagio y de la probabilidad cierta de que éste se llegue a producir³⁹.

Por otro lado, se exige que entre el daño producido y la acción u omisión exista una relación de causalidad, que viene determinada por distintos tipos de pruebas, testifical, documental, y fundamentalmente por el dictamen

- 37. Señalan DE ÁNGEL YAGÜEZ, ob. cit., pp. 60-68, y DIEZ-PICAZO, GULLÓN, ob. cit., pp. 328-329, que el concepto de culpa en la jurisprudencia del TS ha evolucionado hacia una concepción objetiva al invertir la carga de la prueba imponiéndola al agente, afirmando que la culpa como criterio de imputación del daño ha dejado paso a la mera relación de causalidad entre él y la acción u omisión, cuestionándose hasta qué punto esta postura afecta el derecho fundamental de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE. El planteamiento de estos autores interesa mucho en el tema que se analiza pues ha sido una de los extremos que se cuestiona en los debates internacionales sobre la responsabilidad penal de las personas VIH a la hora de establecer las legislaciones sancionadoras de sus acciones en materia de transmisión.
- 38. Señala GÓMEZ CALLE, E., «Los sujetos de la responsabilidad civil por hecho ajeno», *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 479, que «de responsabilidad por culpa es imprescindible la imputabilidad civil que es capacidad de culpa o discernimiento para comprender el alcance de los actos y actuar en consecuencia».
- 39. Así, BARRIENTOS ZAMORANO, ob. cit., pp. 109-110.

pericial de carácter científico y médico (SAP Baleares 14 septiembre 2001)⁴⁰. Si la relación de causalidad no se puede probar, no se podrá atribuir dicha responsabilidad⁴¹.

Se plantea la cuestión de si para la atribución de responsabilidad civil al sujeto infectado se debe producir la efectiva transmisión del virus a la otra persona⁴². En este sentido es necesario recordar, por un lado, que la culpa extracontractual se refiere tanto a la existencia de daños físicos o corporales cuanto a daños morales, dado el tenor general del artículo 1902 CC, y, por otro lado, el impacto psicológico que implica el hecho de haber estado expuesto al virus, que, a su vez, conlleva la realización del test de detección del VIH y las más de las veces tratamiento psicológico. Por lo que el riesgo de transmisión del VIH puede determinar la existencia de daño moral en la persona expuesta al mismo. En consecuencia, la existencia de este daño moral, aún cuando no exista transmisión efectiva del VIH, puede comportar la atribución de culpa extracontractual del sujeto infectado que pone en riesgo a otra persona por el daño moral producido (así en la SAP Madrid 10 julio 2007)⁴³.

LA POSTURA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES ANTE LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DEL VIH/SIDA O EXPOSICIÓN AL VIRUS PLANTEADOS ANTE LA JURISDICCIÓN CIVIL

Ante la jurisdicción civil se han planteado muy pocos casos de transmisión del VIH/Sida: únicamente el supuesto contemplado ante la SAP Baleares 14 septiembre 2001; pero también se ha planteado un supuesto de exposición al virus sin transmisión en la SAP Madrid 10 julio 2007. En ambos supuestos se trató de transmisión de hombre a mujer, que estaban unidos en matrimonio. En embargo, en uno de ellos el transmitente desconocía su estado de seropositividad, pero había realizado prácticas de riesgo (SAP Baleares 14 septiembre 2001). En ambos casos se apreció la existencia de culpa extracontractual,

3. En los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, el artículo 2:105 dispone que «El daño debe probarse de acuerdo con los criterios procesales ordinarios. El tribunal podrá estimar la cuantía del daño cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa». Vid. al respecto REGLERO CAMPOS, «El nexo causal», *cit.*, pp. 376-384.
1. Así sucedió en el ámbito penal en las SSAP Tarragona 24 octubre 2000 (JUR 2001, 11236) y Barcelona 18 septiembre 2001 (JUR 2001, 326958), en las que se desestimaron sendas demandas por falta de pruebas de que el acusado hubiera producido efectivamente la transmisión del VIH.
2. Cabe recordar que en los *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad civil*, el artículo 2:101 establece que «El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido».
3. En el mismo sentido se pronuncian en el ámbito penal las SSAP Madrid 7 de noviembre de 2006, Pamplona 31 julio 2008, y Pontevedra 30 septiembre 2010, en las que se estableció una indemnización civil por el daño moral producido a pesar de la inexistencia de la transmisión del VIH.

imponiéndose en virtud del artículo 1902 CC, una indemnización pecuniaria, mucho mayor en el caso de la transmisión (10 millones ptas. frente a los 30.000 € en el otro caso)

En la SAP Palma de Mallorca, Sala de lo civil, 14 septiembre 2001⁴⁴, se contempla el supuesto de marido seropositivo, que desconocía su estado, pero que realizaba prácticas de riesgo, y que transmitió dicho virus a su mujer, ante lo que ésta interpuso una acción de responsabilidad extracontractual en base al artículo 1902 CC, reclamando la cantidad de diecisiete millones de pesetas, fundando la culpabilidad del mismo en que éste se había colocado «voluntariamente en un grupo de alto riesgo de contagio de enfermedades infecciosas con la mayor responsabilidad que ello debería implicar en cuanto a adoptar rigurosas medidas preventivas e higiénicas», y en que siendo «previsibles y de dominio público las probables consecuencias y riesgos derivados de la pertenencia a dichos grupos de riesgo, no adoptó precisamente medida alguna de tipo preventivo».

La SJPI núm. 1 Palma Mallorca, de 26 de octubre de 2000, estimó en lo sustancial la demanda, y consideró que concurrían los requisitos para la apreciación de dicha culpa extracontractual, la relación de causalidad entre la acción y el resultado, y el elemento de la culpabilidad, si bien en aplicación del artículo 1103 CC, y atendidas un conjunto de circunstancias, rebajó la indemnización a la cantidad de cinco millones de pesetas.

Dicha resolución fue impugnada por ambas partes: la actora en solicitud de incremento de la indemnización, y el demandado solicitando nueva sentencia absolutoria, bien por estimación de la excepción de prescripción de la acción, o de absolución en cuanto al fondo.

La Audiencia Provincial examinó los dos requisitos necesarios para que se pueda apreciar una responsabilidad extracontractual: la relación de causalidad, con investigación de quien resultó infectado en primer lugar, y la de la culpabilidad con su elemento conexo de imprevisibilidad.

En cuanto al primer requisito, de la valoración de la prueba indiciaria⁴⁵ el tribunal determinó que fue el marido quien primero contrajo la enfermedad al

44. Vid. El comentario a esta sentencia realizado por BARRAL VIÑALS, I., «Pertenencia a un grupo de riesgo y responsabilidad por contagio del SIDA al cónyuge», *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 15, 2004, pp. 6 ss.
45. La prueba indiciaria consistió en prueba testifical, documental, y dictamen pericial. Mediante ellas se determinaron las tendencias sexuales del demandado (bisexual) y su promiscuidad sexual, y el desconocimiento de la actora de dicha situación y del padecimiento de la infección por su marido; asimismo, de la pericial médica practicada se dedujo que la primoinfección del demandante se produjo antes de octubre de 1995, constatándose a su vez que la actora contrajo la enfermedad entre el 24 de enero de 1994 y junio de 1996, siendo probado que no tenía la infección antes de enero de 1994 por una análisis de sangre que se había realizado, y que no se hallaba en grupo de riesgo para contraer la enfermedad (parece criticable esta referencia a los grupos de riesgo, pues es una concepción que en el momento de emitirse la sentencia ya

izar repetidas prácticas de riesgo, y quien transmitió el virus a la mujer en el curso de reiteradas relaciones sexuales durante la convivencia con la misma. Lo que la Sala concluyó que de tales indicios se podía inferir la existencia de una relación de causalidad entre la acción de contagio⁴⁶ del demandado a la víctima por vía sexual y el resultado de la grave enfermedad.

Conviene destacar que la propia Sala señala que no existe doctrina jurisprudencial sobre aspectos de contagio de Sida, salvo el supuesto de transfusiones sanguíneas (que considera un caso muy distinto), aunque recuerda que ante acciones de otra posible causa de contagio, extrapolable al caso enjuiciado, el TS de 30 de diciembre de 1999 dio importancia al hecho de que el demandado no se hallara en un grupo convencional de riesgo y la de 11 de febrero de 1988 alude a la ausencia de indicios que permitan presumir racionalmente la existencia de alguna otra causa determinante de la presencia de anticuerpos en el demandante.

En cuanto al segundo requisito, el de la culpa o negligencia, la Sala realiza algunas consideraciones previas sobre lo que debe entenderse por tales elementos, considerando que éstos presuponen un juicio de reproche a una persona por un hecho que vulnera el principio de «naemine ladere» del artículo 1902 del Código Civil, citando las SSTs de 14 de noviembre de 1992 y 8 de julio y 8 de octubre de 1993, señalando que en la doctrina ha sido caracterizada la culpa como una falta de diligencia o de prudencia que pesa sobre cada miembro de la comunidad ciudadana en su vida de relación suponiendo un desvío de la conducta ideal de conducta representado, a veces, por la «fides» o la bona fides o la «diligentia» de un «pater familias» cuidadoso (citando STS de 9 de abril de 1963); observando que el artículo 1104 CC, con su remisión a un estándar de diligencia que correspondería a un buen padre de familia, es expresivo de que la medida de diligencia exigible es variable en cada caso, y según la doctrina atiende a un criterio objetivo o abstracto; estimando que la previsibilidad de la conducta no es una característica de la culpa, en la cual no se ha de considerar el efecto, pero se considera que la persona causante debió mostrar más diligencia para evitarlo. Por ello la Sala concluye que es obvio que el demandado no quiso de manera dolosa o intencionada infectar la enfermedad a su víctima, y que dada su situación de asintomático desconocía que padeciera dicha enfermedad, pero lo que se consideró acreditado, que sí debía conocer por ser notorio en esas fechas, y al menos con unas nociones elementales, es que la enfermedad puede transmitirse a otra persona por vía de relaciones sexuales sin tomar las precauciones (preservativo), y mucho más cuando éstas son reiteradas, re todo cuando el demandado había mantenido relaciones promiscuas. Por lo que el juicio de reproche, según el estándar de un buen padre de fami-

—
había sido desechada por los expertos en la materia, hablándose de *prácticas de riesgo* no de grupos, dado que cualquier persona, pertenezca o no a los antiguos colectivos que integraban estos grupos, puede adquirir la infección si realiza dichas prácticas). Según los expertos la utilización de este término resulta inadecuada toda vez que la infección por VIH es una infección transmisible pero no contagiosa.

lia, es que, antes de mantener relaciones sexuales reiteradas o en el curso de las mismas en un marco normal de estabilidad de pareja (no ocasionalmente), debió advertirle de que se hallaba en una situación de riesgo respecto a dicha enfermedad, hecho que el demandante conocía perfectamente, a fin de evitar un posible contagio de la misma con el simple empleo de un medio anticonceptivo que evitara el contagio de enfermedades de transmisión sexual (preservativo).

Por todo ello, la AP estimó que había habido culpa extracontractual en el marido pues, aunque desconocía su estado de seropositividad, no podía desconocer la realización de prácticas de riesgo de las que no informó a su mujer ni utilizó las adecuadas medidas de prevención, por lo que resultó culpable de dichos daños.

Por lo que se refiere al *quantum* indemnizatorio, la sentencia de instancia había rebajado la cantidad exigida por la actora (17 millones de ptas.) a una cantidad inferior (5 millones de ptas.), ejercitando la facultad de moderación que atribuye a los tribunales el artículo 1103 CC, en base a la levedad de la culpa, ya que no se estaba ante ningún supuesto de responsabilidad por riesgo, a que el demandado padecía la misma enfermedad, al despido de su trabajo de portero, y a la escasez de medios económicos del mismo; frente a lo que la demandante arguyó la gravedad de la citada enfermedad, sus tratamientos, la relevancia en todos los aspectos de la vida de la misma, la ausencia de remedio curativo de la infección, y la imprevisibilidad de la misma aún a pesar de su situación estabilizada a consecuencia del tratamiento médico que seguía, entre otras razones. La Sala consideró que las circunstancias atendidas por la Juzgadora de instancia se reputaron acreditadas, por lo que estimó no hizo un uso incorrecto de la facultad de moderación de la cuantía que concede el citado artículo 1103, basada en la equidad.

Por último, cabe hacer referencia a la controversia que se planteó en la misma sentencia sobre el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad extracontractual.

El artículo 1968 CC establece que «Prescriben por el transcurso de un año: (...) 2º) La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado»⁴⁷.

En el caso de autos, el demandado señalaba que el plazo de prescripción había transcurrido puesto que la actora conoció con total seguridad que había contraído la infección por el VIH en febrero de 1997 y la demanda se presentó en junio de 1999, es decir, transcurridos ya más de dos años.

Sin embargo, la Sala no apreció que tal plazo hubiera transcurrido por tres razones. En primer lugar, porque el «dies a quo», no debe ser considerado aquel en el cual la actora conoció que padecía la enfermedad del Sida, sino aquel en

47. Vid. REGLERO CAMPOS, «La prescripción de la acción de reclamación de daños», *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pp. 622-720.

conoció de una manera lo suficientemente clara el origen de su enfermedad con la eventual culpa del demandado⁴⁸. En segundo lugar, el carácter de permanente de la enfermedad, respecto de la que en aquellos momentos se pronunció la sentencia (ni aún hoy en día) se conocía un tratamiento adecuado, con la correspondiente dificultad de fijar unas consecuencias fijas y minadas para el futuro, con posibles agravaciones, retrasadas por los tratamientos existentes desde 1996. Y en tercer lugar, porque estima que es doctrina reiterada el carácter restrictivo con el que debe ser interpretado el requisito de prescripción partiendo de que la misma es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio propio derecho y en el de seguridad jurídica, por lo que su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa o restrictiva (citando las SSTS de 10 de octubre de 1988, 20 de junio de 1994 y 30 de septiembre de 1993)⁴⁹.

Por su parte, en el otro supuesto presentado ante la jurisdicción civil, la Sala IV de Madrid, de 10 de julio de 2007 contempló una reclamación de daños y perjuicios y por daño moral por una mujer que mantuvo relaciones sexuales con su marido seropositivo sin medidas de prevención y sin que éste le comunicara su diagnóstico. Dicha mujer en el caso de autos no fue infectada pero estuvo expuesta al riesgo de infectarse del virus. La pareja había contraído matrimonio el 14 de mayo de 2003, con quien mantenía relación de amistad y posterior noviazgo desde mayo de 2000, sin que éste le comunicase que en el análisis practicado de mayo de 2000 había dado positivo en el VIH. Tras el viaje de novios a África, y como consecuencia de la vacunación a la que se sometió para dicho viaje, el demandado desarrolló Sida, que se le diagnosticó el 17 de mayo de 2003. A raíz de estos acontecimientos, la mujer tuvo conocimiento del diagnóstico del marido porque vio casualmente la documentación clínica que éste había llevado al domicilio familiar y dejado a la vista con ocasión de sus ingresos hospitalarios. Ante ello, la mujer solicitó la nulidad del matrimonio e interpuso demanda de reclamación de daños y perjuicios, y también por daño moral, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid, que en sentencia de 10 de octubre de 2005 desestimó íntegramente dado que tras el examen de pruebas practicadas se estimó que no concurría en la conducta del demandado responsabilidad ni contractual, ni extracontractual, al no ser consciente de que era portador de los anticuerpos del VIH, pues éste había alegado que sufría «amnesia lagunar selectiva», diagnosticada por un médico-psiquiatra, y que se acudió al padecer depresión debida a la enfermedad que padecía, por lo que el Juzgador considero que no podía imputársele ninguna responsabilidad

— Señaló la AP que la actora no había alegado la fecha en que ello acaeció y tampoco había preguntado a las tres testigos presentadas la fecha de comunicación de que su esposo estuvo en situación de elevado riesgo al contraer la enfermedad, aunque del contexto parecía inferirse que ello sucedió en fechas próximas a la separación matrimonial (según todos los indicios, especialmente denuncias, a principios de 1999, no obstante apreciarse algunos conflictos a finales de 1997).
⁴⁸ *Id.* en cuanto al «dies a quo» los diversos criterios de la jurisprudencia en el caso de daños corporales en Reglero Campos, «La prescripción...», *cit.*, pp. 644-662.

derivada de su diagnóstico posterior y consecuencias que a nivel personal y para la pareja tuvo tal hecho. Ante la desestimación de la demanda, la mujer interpuso recurso de apelación.

La AP examinó ante todo si el demandado era consciente del padecimiento de su enfermedad a fin de considerar si era imputable. Del examen conjunto de las pruebas practicadas, la Sala llegó a la conclusión de que dicho demandado era consciente de ser portador del virus desde que recibió las pruebas de detección del mismo, descartando la existencia de «amnesia lagunar selectiva».

Determinada esta circunstancia, la Sala, después de realizar ciertas consideraciones respecto a la culpa, estimó que ésta concurría en la conducta del demandado, ya se tratase de un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual, a los efectos de los artículos 1104 y 1902 CC. Y ello por la omisión de comunicar su padecimiento a la actora y de la utilización de medios de prevención en las relaciones sexuales que ambos mantuvieron, pues dadas las circunstancias concurrentes, no sólo tenía que habérselo comunicado por cuanto se trata de un deber de cualquier persona con otra respecto de la que pretende hacer una vida en común, sino porque existía un riesgo previsible de poder contagiarle la enfermedad.

Hay que destacar que el tribunal señaló que, en todo caso, el hecho de que finalmente no constara que la actora resultara contagiada por el VIH no podía conllevar que no pudiera apreciarse culpa, por cuanto el resultado no podía ser determinante de la existencia o no de una actuación con culpa, sino que había que estar a la propia actuación del sujeto que puso en riesgo innecesario a la actora.

En cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, que se derivarían tanto del artículo 1106 como del artículo 1902 CC, la actora reclamaba los gastos derivados de la celebración de la boda, los derivados de la celebración del juicio de nulidad matrimonial, los gastos por el trauma psicológico que padeció, los derivados de las sesiones de psicoterapia, honorarios profesionales, consultas psiquiátricas, y los derivados de la compra de medicamentos. Sin embargo, la Sala consideró que no había lugar a los gastos por la celebración de la boda, puesto que no se pudo acreditar el perjuicio señalado; ni tampoco podían entenderse como daños y perjuicios los gastos derivados del procedimiento de nulidad matrimonial, por cuanto al pago de los mismos se había de estar a lo que se decidiera en el citado procedimiento, en el que, además, no se hizo declaración sobre costas; y en cuanto a los demás gastos, no constaba que tales gastos pudieran tener relación con los hechos del caso, no pudiendo establecer la necesaria relación entre los mismos y el hecho de haber ocultado el demandado su enfermedad a la actora.

Por lo que se refiere a los daños morales alegados por la actora, realiza la Sala una consideración acerca de lo que debe entenderse por daño moral, tomando como referencia la STS de 14 de julio de 2006, que señala que «actualmente predomina la idea del daño moral, representado por el impacto o sufrimiento

síquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o a la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona legada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.)»⁵⁰. Considera también el TS que «si bien los daños morales en sí mismos carecen de valor económico, no por eso dejan de ser indemnizables, conforme a conocida reiterada jurisprudencia civil, en cuanto actúan como compensadores en lo posible de los padecimientos psíquicos irrogados a quien se puede considerar víctima, y aunque el dinero no actúe como equivalente, que es el caso de resarcimiento de daños materiales, en el ámbito del daño moral la indemnización al menos palió el padecimiento en cuanto contribuye a equilibrar el patrimonio, restando algunas satisfacciones para neutralizar los padecimientos sufridos y la afcción y ofensa que se implantó, correspondiendo a los Tribunales resolverlos equitativamente (Sentencias de 19 de diciembre de 1949, 25 de julio de 1984, 3 de julio de 1991, 27 de julio de 1994, 3 de noviembre de 1995 y 21 de diciembre de 1996), atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1999)».

En el caso de autos, la Sala apreció la existencia de un daño moral indemnizable a favor de la actora, derivado de la omisión con culpa del demandado al ocultar su enfermedad, pues no cabía duda de que al descubrir la enfermedad de la pareja, el hecho de haber mantenido relaciones sexuales sin las precauciones debidas, tratarse de una enfermedad transmisible, hasta que pudo constatar que no estaba contagiada, los sentimientos de la misma no pudieron ser otros que el sufrimiento psíquico, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o incertidumbre, etc., que son los que la jurisprudencia ha constatado para derivar el daño moral, máxime cuando la pareja había contraído matrimonio, lo que en principio implica la existencia de un vínculo de vida en común, y deseo de tener descendencia. Sin embargo, la Sala accedió a la cuantía solicitada por la actora (150.000 €), dado que ésta no alegó efectivamente infectada ni se produjeron consecuencias ni a corto ni a largo plazo, aunque, sin embargo, la conducta del demandado había supuesto falta de lealtad a la misma y había truncado sus expectativas de vida en común y formación de una familia, por lo que moderó la cantidad solicitada en el daño moral (reduciéndola a 30.000 €).

Añade la Sala la referencia a algunas situaciones que la jurisprudencia ha considerado daño moral, recogidas en la STS de 31 de mayo de 2000: el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual (SS de 23 de julio de 1990, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y 24 de septiembre de 1999), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia (S de 6 de junio de 1990), la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre (S de 22 de mayo de 1995), el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente (S de 27 de enero de 1998), impacto, quebrantamiento o sufrimiento psíquico (S de 2 de julio de 1999).

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL POR TRANSMISIÓN DEL VIH/SIDA POR VÍA SEXUAL DERIVADA DE ILÍCITO PENAL

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN DEL VIH/SIDA POR VÍA SEXUAL EN EL ÁMBITO PENAL

En nuestro país, la mayoría de los conflictos derivados de la transmisión del VIH/Sida se han producido en el ámbito penal, que, como se ha señalado anteriormente, ha sido la cuestión que ha levantado polémica en distintos medios jurídicos y sociales.

En la doctrina científica se ha planteado la cuestión, como así ha sucedido en el ámbito internacional, de si se debe establecer un tipo penal específico que sancione la conducta que comporte el mero riesgo de la transmisión del VIH/Sida o no. Un sector de la doctrina estima que sería justo, o proporcionado, el castigo de quien olvidando el cuidado debido a la salud de los demás realiza una conducta que es sabido que pone en grave peligro la salud o la vida de otro, como es la del portador del virus del Sida que mantiene con otros relaciones sexuales sin protección y con desconocimiento por éste de su infección⁵¹. Para otro sector, sin embargo, entendiendo que, para que sea legítima una incriminación, además de ser justa, debe ser útil a la sociedad, lo que en el caso que nos ocupa quiere decir que debe ser útil a la política general de contención de la extensión del Sida, señalan que no puede estimarse que la incriminación de las prácticas de riesgo comporte un efecto motivador de la renuncia a las mismas, sino, al contrario, entienden que dicha criminalización comportaría una clandestinidad frente a la terapia, a la detección de la enfermedad, al acceso a la información y a la responsabilidad individual frente a sí mismos y respecto de los demás⁵².

Con independencia de estas posturas doctrinales, la política legislativa de nuestro país, como ya se ha indicado, ha optado por no establecer ninguna norma específica que regule la transmisión del VIH/Sida por vía sexual. Sin embargo, ante la transmisión del VIH, tanto la doctrina científica como nuestros tribunales se han fundamentado en los tipos delictuales existentes en el CP para calificar tales conductas, singularmente en los delitos de lesiones (Título III, Libro I CP).

Nuestro Código penal parte de un tipo básico de lesiones (artículo 147), del que derivan unas figuras agravadas (artículos 148, 149 y 150)⁵³, en función de la peligrosidad de los medios empleados, la forma en la que la lesión se

51. En este sentido se manifiestan LUZÓN PEÑA, D. M.; MIR PUIG, S.; SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, *Problemas jurídicos penales del Sida*, Barcelona, 1993, pp. 173 y ss.
52. Así, ARROYO ZAPATERO, L., «La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comporten riesgos de transmisión del Sida», *DS: Derecho y salud*, vol. 4, núm. 1, 1996, pp. 210-211.
53. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Madrid, 2006, p.208.

leve a cabo, o la cualidad de la víctima y la gravedad de los resultados lesivos producidos⁵⁴. Del examen de la jurisprudencia penal, como se verá posteriormente, se desprende que nuestros tribunales, y también la doctrina científica, han calificado la transmisión del VIH/Sida por vía sexual como un delito de lesiones dolosas o agravadas incardinado en el artículo 149.1 en relación con el artículo 147.1 CP⁵⁵.

Dichos preceptos exigen una serie de requisitos para que se pueda dar el delito tipificado⁵⁶, por lo que cabría examinar si la transmisión del VIH reúne los requisitos exigidos. Tales requisitos son: 1) La causación de un menoscabo por cualquier medio o procedimiento. El Código penal no señala específicamente ningún medio o procedimiento que cause el menoscabo, por lo que se desprende que puede ser cualquiera en sentido amplio⁵⁷. Dentro de los medios que pueden causar una lesión, la doctrina, siguiendo la Clasificación Suplementaria de causas externas de las lesiones e intoxicaciones que recoge el Manual de la Clasificación Internacional de las Enfermedades, señala que se encuentran los agentes biológicos, entre los que se cita el VIH/Sida. De modo que la transmisión del VIH podría ser el medio a través del cual se produce el menoscabo. 2) Menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental. El propio Código enumera una serie de menoscabos, entre ellos, y por lo que interesa al tema, que se cause una grave enfermedad somática⁵⁸. Nuestra jurisprudencia ha entendido por enfermedad el menoscabo de la salud que necesita de asistencia facultativa apreciada ésta en base a la experiencia médica condensada en la *lex*

4. Vid., entre otros, en relación al delito de lesiones, GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, cit.; MARTÍNEZ RUÍZ, J., *Los delitos de lesiones*, Barcelona, 2002; TAMARIT SUMALIA, J. M.^a, «Comentarios al Libro I, Título III, De las lesiones, del Código penal», *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. G. QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, 1996, pp. 725-759; y también CARDONA LLORENS, A., MARHUENDA AMORÓS, D., «El delito de lesiones desde la perspectiva médico-legal», *Cuadernos de política criminal*, núm. 68, 1999, pp. 296-297.
5. El artículo 147.1 CP dispone: «El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones, con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico». Y el artículo 149.1 establece: «El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años».
6. Vid. SOTO NIETO, F., «El delito de lesiones y elementos que lo configuran», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2004, pp. 1987-1990.
7. GARCÍA GARCÍA-CERVIGÓN, ob. cit., p. 33, señala las enfermedades contagiosas como uno de los medios a través de los cuales se produce lesión, haciendo una especial referencia al Sida en las pp. 35-38; igualmente, MARTÍNEZ RUÍZ, ob. cit., p. 51.
8. Vid. el análisis de cada uno de los menoscabos señalados en el precepto en Cardona Llorens, Marhuenda Amorós, ob. cit., pp. 302-308.

artis de la medicina (SSTS de 23 de noviembre de 1989 y 24 de octubre de 1990), y una merma de la capacidad fisiológica del lesionado (STS de 23 de febrero de 1991), o la irreversibilidad de la enfermedad (SSTS de 8 mayo de 1990, 22 de octubre de 1993 y 30 de octubre de 1994). Y ha incluido dentro de este grupo, debido al largo período de convalecencia, a los portadores asintomáticos de anticuerpos VIH (STS de 18 de noviembre de 1991)⁵⁹. 3) Primera asistencia facultativa. Se ha definido como la atención inicial prestada al lesionado, sea o no contemporánea del hecho causante de la lesión, que sea objetivamente necesaria, sea realizada por un facultativo y tenga el carácter de primaria⁶⁰. Hay que recordar que para la detección de los anticuerpos VIH se necesita una primera asistencia en la cual se realizará el análisis y demás pruebas pertinentes para detectar el virus. 4) Tratamiento médico o quirúrgico. Entiende doctrina y jurisprudencia que dicho tratamiento supone un plus que debe añadirse a la asistencia y que debe ser distinto a ella⁶¹. Tratamiento médico es la planificación o el diseño de un determinado sistema de curación, realizado por un médico y tendente o bien a curar una enfermedad o una lesión, o bien a tratar de reducir sus consecuencias, si no es completamente curable, o bien a prevenir o evitar el peligro de una posible complicación, empeoramiento o agravación⁶². Como se sabe, una vez detectado el virus VIH, las personas seropositivas se someten a un tratamiento, prácticamente de por vida para evitar el desarrollo del mismo y la aparición de las enfermedades oportunistas.

Además, es necesaria la existencia de una relación de causalidad entre el mecanismo etiológico, la lesión y las secuelas que de ella se derivan. La doctrina considera que existe dicha causalidad siempre que el resultado producido represente la consecuencia natural del obrar del agente configurado típicamente⁶³.

59. Consideran que el VIH/Sida supone una grave enfermedad somática a efectos del delito de lesiones, CARDONA LLORENS, MARHUENDA AMORÓS, ob. cit., p. 307; GÓMEZ RIVERO, M.^a C., *La imputación de los daños producidos a largo plazo*, Valencia, 1998, p. 162; y MARTÍNEZ RUÍZ, ob. cit., p. 97.
60. Cfr. GUILLAMÓN SENENT, J. V., «El concepto de tratamiento médico y quirúrgico en el delito y la falta de lesiones», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 10, 2002, pp. 166-167.
61. Vid. CLIMENT DURÁN, C., «Sobre el concepto de tratamiento médico o quirúrgico en relación con el artículo 420 del Código penal», *RGD*, núm. 612, 1995, p. 9601. Por su parte, CARDONA LLORENS, MARHUENDA AMORÓS, ob. cit., pp. 299-300, realizan un estudio de las sentencias del TS pronunciadas hasta 1999 que se han referido al concepto de tratamiento médico, señalando que el TS considera que se produce tratamiento médico en las enfermedades de transmisión sexual que requieren administración de antibióticos.
62. Vid. CLIMENT DURÁN, ob. cit., p. 9603; GUILLAMÓN SENENT, ob. cit., pp. 169-175; y ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.; HERNÁNDEZ TRIVIÑO, A., «La distinción entre el delito y la falta de lesiones. Los conceptos de tratamiento médico o quirúrgico y de primera asistencia facultativa», *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: (libro homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López)*, 1999, pp. 135-138.
63. En este sentido, CARDONA LLORENS, MARHUENDA AMORÓS, ob. cit., pp. 313-315, señalan además, desde el punto de vista médico-legal, que para que el médico pueda establecer la relación de causalidad éste debe realizar una valoración de las circuns-

Por su parte, el artículo 149.1 CP incardina en su descripción aquellas lesiones que supongan para la víctima una enfermedad somática o psíquica e. Señala la doctrina que constituye grave enfermedad somática aquella con carácter de permanencia afecta a la salud del lesionado, aquella que sus características haya de valorarse como grave y, finalmente, que merme sensible la calidad de vida de quien la sufre⁶⁴.

No parece que haya duda en la doctrina penalista respecto a que la transmisión del VIH/Sida por vía sexual, bien se realice en una relación sentimental en agresiones o abusos sexuales, se califique como un delito de lesiones. La lesión típica se produce con la transmisión del virus, que es el agente determinante del menoscabo de la salud que comporta la inmunodeficiencia, por lo que la lesión no viene constituida y no comienza sólo con las enfermedades de dicha inmunodeficiencia (enfermedades oportunistas)⁶⁵, que constituye otra etapa en la evolución de la infección. Y respecto a la gravedad de la lesión, señala la jurisprudencia que se considera «grave enfermedad que tiene una fase larvada, de progresivo desarrollo, en la que aparece el síndrome de inmunodeficiencia que se caracteriza por la presencia de posibles enfermedades asociadas, estando la supervivencia condicionada por el uso de fármacos, no siempre bien tolerados y con graves efectos secundarios, y que supone una limitación en el desarrollo de la vida (precauciones en las relaciones sexuales, en la práctica de ejercicios de riesgo, etc.), además de que en el momento presente es una infección que no tiene cura, por lo que la causación de la misma ha de reputarse constitutiva del delito de lesiones en su tipo penalmente agravado recogido en el artículo 149 CP» (como así se señala expresamente en la SAP Cádiz de 15 de marzo de 2006, JUR 2007, 135098).

Sin embargo, en lo que hay discrepancia es en si a dicha transmisión cabe atribuir imprudencia o dolo eventual⁶⁶, que en el caso de la transmisión del

daño concurren en un caso concreto para puntualizar el grado de participación de cada una de ellas en el daño producido, aplicando una serie de criterios, de cuya conjunción se desprenderá el juicio de causalidad: criterio cronológico, por el cual se debe tener en cuenta el período transcurrido entre la producción de una determinada acción nociva y la aparición de una sintología morbosa; criterio topográfico, según el cual se trata de establecer si hay una relación entre la zona interesada por la acción lesiva y aquella en que ha hecho su aparición el resultado lesivo; criterio cuantitativo, en virtud del cual se pretende relacionar la intensidad de la acción lesiva con la gravedad del daño producido; criterio de continuidad sintomática, en relación con ciertas secuelas postraumáticas que se manifiestan cierto tiempo después del traumatismo en correspondencia a un mecanismo patogénico de ciertas complejidad; y criterio de exclusión por el cual se excluye toda causa posible del daño sufrido o de la prolongación del tiempo de evolución de la lesión.

Así, MUÑOZ MARÍN, A., «Delito de lesiones consumadas o el delito de homicidio», Revista CEFLEGAL, núm. 122, p. 137.

En este sentido, ARROYO ZAPATERO, ob. cit., p. 205; LUZÓN PEÑA, ob. cit., p. 61.

Vid. MUÑOZ MARÍN, ob. cit., pp. 134-135; hay autores que estiman que la transmisión del VIH/Sida debe considerarse imprudencia; así, GIMBERNAT, E., «La transmisión del Sida por vía sexual», Revista de Prensa Tribuna Libre, El Mundo, 21/09/10, pp. 1-2.

VIH/Sida por vía sexual se han imputado por nuestros Tribunales atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Por otra parte, en todos los casos examinados en la jurisprudencia pronunciada sobre el tema, los tribunales han establecido, además de la correspondiente sanción penal, en su caso, también una indemnización pecuniaria en concepto de daños y perjuicios, en base fundamentalmente al artículo 116 CP que establece que «1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios».

Se trata de la denominada responsabilidad civil derivada de delito o responsabilidad civil *ex delictum*⁶⁷, cuya regla general se encuentra contenida en el artículo 109 CP que dispone: «1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados», y cuyo régimen jurídico se establece en el Título V, rubricado «De la responsabilidad civil de los delitos y faltas y de las costas procesales», Libro I, concretamente artículos 109 a 122⁶⁸. De estos preceptos, y por su implicación en la materia que tratamos, interesan especialmente los artículos 110, 112, 113 y 115.⁶⁹

67. La existencia de la responsabilidad civil derivada de delito regulada en nuestro sistema jurídico tiene su origen histórico en la época de la codificación y ha generado polémica en nuestra doctrina científica. Vid., entre otros, QUINTERO OLIVARES, G., «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Thomson-Aranzadi, 2002, pp. 19-33, YZQUIERDO TOLSADA, M., «La responsabilidad civil en el proceso penal», *Tratado de responsabilidad civil, cit.*, pp. 539-619. Aunque es pacífico en la doctrina reconocer la naturaleza civil de esta clase de responsabilidad, se señalan las diferencias existentes entre ambas; así, YZQUIERDO TOLSADA, *lug. últm.cit.*, y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *Efectos civiles del delito y responsabilidad extracontractual*, Valencia, 1997, pp. 13-26, quienes ponen de relieve que las normas civiles contenidas en el Código penal no coinciden exactamente con la regulación sobre responsabilidad civil del CC, aunque ambas coinciden en que su nacimiento deriva de un vínculo jurídico surgido a consecuencia de un acto ilícito productor de un daño sin que exista previa relación jurídica entre las partes.

68. Vid. entre otros, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993; DIEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid, 1999; GRACIA MARÍN, L., BOLODOVA PASAMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN, C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español (El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito)*, Valencia, 1996; JUAN SÁNCHEZ, R., *La responsabilidad civil en el proceso penal (Actualizado a la Ley de Juicios Rápidos)*, Madrid, 2004; PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad extracontractual aquiliana o delictual*, t. 2, vol. 2, Barcelona, 1990; RODRÍGUEZ DE VESA, J. M., «Responsabilidad civil derivada del delito o falta y culpa extracontractual», *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984.

69. El artículo 110 dispone: «La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1º) La restitución. 2º) La reparación del daño. 3º) La indemnización de perjuicios materiales y morales»; el artículo 112: «La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa»; el artículo 113: «La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá

Estima la doctrina que el presupuesto básico para que se pueda atribuir la responsabilidad es que se haya ejecutado un hecho configurado en la ley como delito o falta. Pero la atribución de la responsabilidad civil deriva del acto dañoso-realizado y no de la propia realización del delito⁷⁰. De hecho, en relación al VIH, existen supuestos en que el acusado, seropositivo, no había transmitido el virus a la otra persona, y, sin embargo, por la angustia producida ante el miedo a una posible transmisión, derivando de esta situación secuelas psicológicas, los tribunales han establecido indemnizaciones de carácter pecuniario⁷¹.

El sujeto responsable, como señala expresamente el artículo 116 CP es el imputado como responsable criminal, aún cuando el CP contempla también la posible imputación de otros sujetos (artículos 116 y ss. CP).

Ahora bien, dado que nos encontramos en el ámbito penal, la tipificación del hecho como delito o falta, la autoría del mismo y su culpabilidad será una cuestión de apreciación del tribunal penal.

Por último, cabe señalar que la responsabilidad civil derivada de delito abarca la restitución de los bienes de que haya sido privada la víctima, la reparación del daño causado directamente por el delito o falta a la víctima y la indemnización de cualquier otro perjuicio material o moral a la víctima o a terceros (artículos 110 y 113 CP)⁷².

En los casos examinados en nuestros tribunales en relación al VIH se han aplicado algunos de los criterios contemplados en este precepto. No obstante, en mayoría de las resoluciones no se distingue claramente a cuál de ellos se imputa cantidad concedida ni se establece tampoco las bases en la que fundamentan cuantía de los daños e indemnizaciones⁷³. En algunas resoluciones se atribuye

no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros»; y el artículo 115: «Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución».

Señala PENA LÓPEZ, F., «La responsabilidad civil derivada de delito», *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., pp. 390-391, que las conductas dañosas de las que se ocupa la responsabilidad civil general no se distinguen en nada de las regidas por las normas de la responsabilidad civil derivada de delito.

Concretamente en las SSAP Madrid, de 7 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 69145); Pamplona, de 31 de julio de 2008 (JUR 2010, 120604), y Pontevedra, de 30 de septiembre de 2010 (JUR 2010, 361644).

Señala Cavanillas Múgica, S., «Efectos de la responsabilidad civil 'ex delicto': reparación del daño», *La responsabilidad civil «ex delicto»*, cit. p. 80, cuatro componentes del daño corporal derivado del delito de lesiones, que ha indicado la jurisprudencia: gastos hospitalarios del daño derivado de las lesiones, imposibilidad de la víctima de dedicarse al trabajo habitual durante el tiempo de recuperación, *pecunia doloris* o sufrimientos tanto físicos como morales experimentados por la víctima derivados de las lesiones, y secuelas resultantes.

En este sentido, en relación al VIH, los tribunales siguen la práctica habitual; *cfr.* Cavanillas Múgica, ob. cit., pp. 71-72, donde, además, explica cómo se ha produci-

dicha cantidad en conjunto por los daños derivados por el delito cometido y los daños morales producidos, sin especificar cuáles son éstos y aquéllos (así, STS de 6 de junio de 2011; SSAP Cádiz, de 15 de marzo de 2006, Pontevedra, de 30 de septiembre de 2010, Madrid, de 27 de junio de 2011, Islas Baleares, de 30 de noviembre de 2012). En otras sentencias, sin embargo, se especifican los que el tribunal considera que son daños derivados del delito y otros daños, aunque en algún supuesto sin puntualizar en que concepto se atribuyen y en otros precisando que se atribuye en concepto de daños morales (en este sentido, STS de 15 de septiembre de 2005, SSAP Madrid, de 22 de diciembre de 2010, la cual fijó la responsabilidad civil derivada de los hechos en una cantidad que incluía tanto el concepto del resultado lesivo, como el daño moral, y Pamplona, de 31 de julio de 2008)⁷⁴. Es de destacar que, como el *quantum* es de apreciación de los tribunales, en casi ninguna sentencia se hace referencia al baremo utilizado para fijar los importes atribuidos en concepto de responsabilidad civil, salvo en la SAP Madrid, de 27 de septiembre de 2011 en la que, para valorar económicamente el daño moral sufrido, se tomó en cuenta como criterio meramente orientativo el baremo establecido en la *Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor* y la STS 588/2007 (RJ 2007, 3949).

2. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN O EXPOSICIÓN DEL VIH/SIDA POR VÍA SEXUAL PLANTEADOS ANTE LA JURISDICCIÓN PENAL

En los casos planteados ante la jurisdicción penal sobre transmisión del VIH/Sida por vía sexual, se ha constatado que, además de la correspondiente sanción penal, nuestros tribunales han atribuido al demandado una responsabilidad civil, muy diversa según las distintas circunstancias que se producen en el supuesto de hecho.

Los conflictos que se han presentado ante la jurisdicción penal se pueden sistematizar en diferentes grupos atendiendo a las circunstancias y conclusiones de nuestros tribunales. Así cabe distinguir los siguientes supuestos:

A) Responsabilidad civil en supuestos en los que el acusado es seropositivo y se produce una efectiva transmisión del VIH.

Entre los supuestos que han llegado a los tribunales en la jurisdicción penal, el mayor número de los mismos se plantean como demandas por delitos lesiones por transmisión del VIH/Sida por vía sexual, aunque en algunos de ellos no se ha producido efectivamente la transmisión del virus.

do la aplicación del sistema de baremación de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación a los daños corporales derivados del delito de lesiones, pp. 72-74.

74. Así, se reconocieron como daños la situación angustiosa por la incertidumbre de estar infectado, la merma en la calidad de vida, el miedo que produce el diagnóstico, el estado de ansiedad, los trastornos adaptativos de tipo depresivo, la perturbación que supone la infección en la vida personal, familiar y laboral.

El primero de los casos que se planteó fue contemplado en la STS 28 enero 997 (RJ 1997, 110), que ratificaba la SAP de Santa Cruz de Tenerife 20 enero 996 (ARP 1996, 28). El supuesto de hecho que se juzgaba era el siguiente. El cusado, portador del virus VIH y conocedor de ello tras la práctica de varias ruebas con resultado positivo, se desplazó en 1993 por destino profesional Santa Cruz de Tenerife. Días después conoció a una mujer con la que mantuvo relaciones sexuales sin usar preservativo como medida de prevención de transmisión, al menos en varios de tales contactos sexuales, y sin haberle comunicado a aquélla tal padecimiento ni conocerlo la misma. Como consecuencia de dicha relación, la mujer resultó infectada por el VIH. Más tarde, también ocultando su situación de seropositividad, y aún sabiendo que lo había transmitido a la primera mujer, mantuvo relaciones sexuales con otra mujer, a quien, sin embargo, no le transmitió dicho virus. En este supuesto el Tribunal aplicó, por las fechas en que sucedieron los hechos, el antiguo Código penal, aclarando que los hechos no eran constitutivos del delito del antiguo artículo 48 bis CP, que contemplaba el delito de propagación maliciosa de enfermedades contagiosas, aunque entiende el Tribunal que ello no quiere decir que la conducta del acusado deba quedar impune pues, conociendo ser portador del virus VIH y que éste se transmite a través de las relaciones sexuales, realiza dichas conductas sin adoptar precaución tan elemental como el empleo de preservativo, representándose y aceptando el contagio que, en su caso, pueda ocasionar. Por ello, el Tribunal afirmó que los hechos declarados y probados eran constitutivos de un delito de lesiones del antiguo artículo 420 CP porque directa y voluntariamente se produjo un menoscabo, al menos en la salud física e otra persona, a través de relaciones sexuales, transmitiéndole, a sabiendas el virus del Sida. En opinión del Tribunal, existió acción, resultado y relación causal entre ambos, siguiendo pautas de causación eficiente o adecuada (y las relaciones sexuales sin preservativo lo eran), de tal modo que lo sucedido fue la consecuencia natural del comportamiento del agente. Por lo que el acusado fue declarado responsable criminalmente en concepto de autor por haber ejecutado voluntaria y directamente los hechos que lo integran. Declarándolo también responsable civilmente, siendo condenado por el Tribunal a la pena de un año e prisión menor, y a indemnizar a la víctima o a sus herederos en la suma de un millón y medio de pesetas, que serían de ocho millones y medio de pesetas si ésta llegara a desarrollar la enfermedad del Sida.

Con posterioridad a esta sentencia, y reformado ya el CP en 1995, en los casos que se han planteado similares al señalado, nuestros tribunales han apreciado que la transmisión del VIH/Sida por vía sexual es un delito de lesiones cualificado en virtud del artículo 149.1 CP en relación con el artículo 47.1 CP, al entender que se trata de la transmisión de una enfermedad grave⁷⁵.

5. Concretamente, se aplicó el artículo 149.1 CP, en relación con el artículo 147.1 CP en SAP Madrid, de 2 de enero de 2004 (JUR 2004, 20872) y STS de 15 de septiembre de 2005 (JUR 2005, 227711); SAP de Madrid, de 17 de junio de 2010 (ARP 2010, 841), y STS de 6 de junio de 2011 (RJ 2011, 4542); SAP Madrid, de 22 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 137105), y STS de 8 de noviembre de 2011 (JUR 2011, 421295);

Aunque, en un caso se aplicó el artículo 149.1 en concurrencia con el artículo 152, apreciando delito de lesiones imprudente (STS de 6 de junio de 2011, RJ 2011, 4542). Y hay que destacar que en un caso se aplicó el artículo 147.1 en concurrencia con el artículo 142.1, ambos del CP, considerando que se trataba de un delito de lesiones dolosas en concurso ideal con un delito de homicidio por imprudencia grave (S Juzgado de lo penal, Secc. 17, de 29 de mayo de 2006, SJP 18, 2006)⁷⁶. En la mayoría de los casos se trataba de una transmisión de hombre a mujer, entre los que existía una relación sentimental, bien de pareja de hecho o bien matrimonial; entre ellos, hay que destacar que en un caso la mujer era menor de edad. Por otro lado, hay dos supuestos de transmisión de mujer a hombre, y un caso en el que estaban implicados dos hombres, uno de ellos menor de edad.

En los casos en que se sancionó al transmitente se exigió para imponer la pena que éste hubiera actuado sin utilizar las correspondientes medidas de prevención o sin haber notificado su estado a la otra persona. Y se apreció dolo eventual cuando el acusado tenía conocimiento del alto grado de probabilidad de producir el resultado. En todos los casos se impusieron penas de prisión que, según el precepto que se aplicaba en razón de las circunstancias del caso, variaban de un año a nueve años. En todos ellos, además, se impuso la correspondiente responsabilidad civil, que ha variado de un millón y medio de pesetas hasta cien mil euros.

Ciñéndonos a los casos que llegaron al TS, el primero de ellos derivaba de la SAP Madrid, de 2 de enero de 2004, ratificada por la STS de 15 de septiembre de 2005, que contemplaba el caso de una mujer diagnosticada de infección por VIH que transmitió el virus a su pareja sin haberle informado de su padecimiento y sin haber utilizado medidas de prevención. La Sala consideró que la causación dolosa de la misma había de reputarse constitutiva del delito de lesiones en su tipo singularmente agravado recogido en el artículo 149.1 CP, aunque al mismo tiempo, la AP tuvo en cuenta la dificultad psicológica de informar de la presencia de este tipo de enfermedades y el hecho de que las lesiones se causarían por dolo eventual y no de propósito, para imponer la pena en su mínima extensión. De modo que la Sala falló condenando a la mujer a la pena de seis años de prisión, y a indemnizar al compañero en cien mil euros y al pago de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular, habida cuenta de la merma de la calidad de vida, de la dureza del pronóstico, y del miedo que acompaña a la víctima en estos casos.

SAP Madrid, de 21 de marzo de 2011 (JUR 2011, 242105); SAP de Madrid, de 27 de junio de 2011 (ARP 2012, 98); SAP Islas Baleares, de 30 de noviembre de 2012 (JUR 2013, 40897). Aunque en todos ellos no hubo fallo condenatorio, pues en dos casos se absolvió al acusado (SS AP Ávila, de 14 de mayo de 2010, JUR 2010, 239364, y AP Madrid, de 21 de marzo de 2011, JUR 2011, 242105).

76. Se desestimaron dos casos de delito de lesiones graves en caso de tentativa (artículos 153, 2 y 3, en relación con los artículos 147.1 y 149.1 CP) en las SSAP Ávila, de 14 de mayo de 2010 (JUR 2010, 239364) y Sevilla, de 23 de mayo de 2012 (ARP 2012, 690).

En la SAP Madrid, de 17 de junio de 2003 se contemplaba el caso de un hombre que mantuvo una relación de pareja con una mujer desde 1996, cuando tenía 19 años de edad, siendo pleno conocedor, al menos desde 1994, de que estaba infectado por el VIH, habiendo incluso desarrollado la enfermedad, y habiendo sido a su vez informado de los riesgos y métodos de transmisión a terceros de dicha enfermedad, teniendo relaciones sexuales con su esposa sin comunicarle su enfermedad, pero usando preservativo como medio de protección en sus relaciones. A pesar de ello, en alguna ocasión el preservativo se rompió, quedando la mujer embarazada, dando a luz en 1997 a la hija menor, quien poco después cayó gravemente enferma, descubriéndose que estaba infectada por el virus (a través de transmisión vertical). El 17 de marzo de 2006 la mujer presentó querrela contra su pareja por delito de lesiones, y tras el sumario, fue elevado a la Audiencia Provincial que, con fecha 17 de junio de 2010 dictó sentencia absolviendo al demandado de dicho delito.

Interpuesto recurso de casación, en la STS de 6 de junio de 2011 éste se declaró al acusado como autor de sendos delitos de lesiones por imprudencia, curso ideal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 77.1 y 152.1, en relación con el 149.1 CP, a razón de un año de privación de libertad por cada uno de los ilícitos cometidos.

Además, en base al artículo 116 CP, y como la acusación particular interpuesta para ella y en nombre de su hija menor la reparación económica de los daños sufridos por ambas, el TS, teniendo en cuenta que sólo se estaba retribuyendo el daño moral padecido por las víctimas, toda vez que, según el relato de los hechos probados se afirmaba que la enfermedad de ambas se encontraba ya compensada, consideró razonable otorgar, en este concepto, los daños respectivos de 30.000 €, en el caso de la hija, y 20.000 € para la madre y el resto de las cantidades de 180.000 y 150.000 € solicitadas).

En la SAP Madrid, de 22 de diciembre de 2010 se declaró expresamente culpable al acusado, siendo portador del virus VIH desde hacía muchos años, y cuya enfermedad había venido siguiendo diversos tratamientos desde, al menos, el mes de mayo de 1997, inició una relación sentimental con una mujer también mayor de edad, en mayo de 2006, no contándole, en ningún momento, tal circunstancia y llegando a convivir juntos en el domicilio de él durante un tiempo, manteniendo con ella varias relaciones sexuales, y, a pesar de la gravedad de su enfermedad, y la alta probabilidad de contagio de la misma por vía sexual, no utilizó en dos de tales ocasiones preservativo ni protección de la mujer, resultando la mujer infectada por el virus, lo que le ocasionó, a lo largo del tiempo, un trastorno adaptativo de tipo depresivo, derivado del sufrimiento que le ocasionó al serle diagnosticada la infección por VIH. La AP declaró que los hechos eran constitutivos de un delito de lesiones agravadas causadas por imprudencia grave, previsto y penado en el art.152.1, 2º, en relación con el 149.1 CP, imponiéndole la pena de dos años de prisión.

En el mismo, la Sala consideró que, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 CP, el condenado por un delito o falta deberá reparar los daños y perjui-

cios por él causados, devengando, en tal caso, las indemnizaciones pecuniarias que se fijan, y el interés legal previsto en el artículo 576.1 de la LEC. Ambas acusaciones coincidían en solicitar una cantidad conjunta, que cuantificaron en la suma de 90.000 €. La AP señaló que en este supuesto se encontraban ante una doble perspectiva indemnizatoria: por un lado, la propia enfermedad contraída por medio del contagio, la infección del virus VIH, que, conforme se había determinado por las pruebas periciales, en la actualidad todavía resulta incurable e imposible de erradicar, y que ataca al sistema inmunológico de las personas, debilitándolo y haciéndoles vulnerables ante una serie de infecciones, algunas de las cuáles ponen en peligro la vida, y que, al cabo de los años, determina que el sistema inmunitario pierda su eficacia y deje de proteger contra las infecciones y enfermedades a las que se está permanentemente expuesto, que pueden derivar en la aparición de las denominadas enfermedades oportunistas. Además, consideró que, como consecuencia del contagio en las circunstancias señaladas, la mujer había sufrido un trastorno adaptativo de tipo depresivo, del que las pruebas periciales psicológica y médico forense destacan su especial gravedad, señalándose que dicho trastorno influía en la vida normal de la misma, haciendo que mantuviera una baja actividad, porque se enfrentaba a los problemas con mucho esfuerzo, entre otras cosas. Por todo lo que la AP estimó proporcionada a la gravedad de las consecuencias antedichas, la suma indemnizatoria solicitada por las acusaciones, por lo que fijó la responsabilidad civil derivada de tales hechos en dicho importe, que incluía tanto el concepto del resultado lesivo como el daño moral.

Interpuesto recurso de casación, la STS de 8 de noviembre de 2011, al estimar que los hechos enjuiciados era constitutivos de un delito doloso de lesiones causantes de una grave enfermedad, tipificado en el artículo 149.1 CP, concurriendo la agravante de parentesco, elevó la pena de prisión a nueve años y un día de prisión que sustituyó a la impuesta en la instancia de dos años de prisión, manteniéndose los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

B) Responsabilidad civil en supuestos en los que el acusado es seropositivo, produciéndose una efectiva transmisión del VIH en concurrencia con otros delitos.

Alguno de los casos de transmisión del VIH se juzgó en concurrencia con otros delitos, concretamente con el delito continuado de agresiones sexuales, apreciándose también delito de lesiones del artículo 149.1 del CP (SAP de Cádiz de 15 de marzo de 2006, JUR 2007, 135098). En este caso se trató de una transmisión del VIH por vía sexual de un hombre a una menor de edad, hija extramatrimonial del propio transmitente. En este caso la Sala le impuso una pena de 10 años de prisión por el delito de lesiones (además de otras penas de prisión por los demás delitos).

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del CP, a propuesta del Ministerio Fiscal, que había solicitado para la perjudicada una indemnización de 180.000 € por los delitos de agresión sexual y de lesiones, consideró ajustada y moderada dicha indemnización.

C) Responsabilidad civil en supuestos en los que el acusado es seropositivo, no se produjo transmisión del VIH, pero se apreció daño moral por el dolor en la víctima a dicha transmisión.

Quizá estos supuestos sean los más significativos respecto a la responsabilidad civil en el ámbito penal. En estos casos no se produjo transmisión del VIH una, pero igualmente se condenó al acusado, aunque en dichos supuestos, a la inexistencia del delito de lesiones por transmisión del VIH, la sanción fue de carácter penal sino de naturaleza civil. En la SAP Madrid, de 7 de noviembre de 2006 (JUR 2007, 69145) se contempló un delito de agresión sexual; la SAP Pamplona 31 julio 2008 (JUR 2010\120604), se examinó un delito de crecimiento de la prostitución; y en la SAP Pontevedra, de 30 de septiembre 2010 (JUR 2010, 361644), se refería a un delito de maltrato familiar y de agresión sexual en su modalidad de violación. En los tres supuestos se trató de una relación entre hombre a mujer, aunque sólo en el tercer caso existía una relación sentimental entre ambos sujetos. En todos los casos se impuso pena de prisión por los otros delitos cometidos, y una indemnización por el daño moral producido por el miedo al contagio del VIH, que varió entre los 3000 y 36000 €.

En la SAP Madrid, de 7 de noviembre de 2006, la Sala consideró que, como declara en el artículo 116 CP, toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente, por lo que reconoció la indemnización a favor de la mujer de 36.000 €, cantidad que se consideró adecuada al padecimiento del hecho del que fue víctima.

En la SAP Pamplona, de 31 de julio de 2008, en el ámbito de la responsabilidad civil, la acusación particular postuló la cantidad de 30000 €, suma en la que se fijaron los daños morales causados a la mujer por los hechos acontecidos. Sala señaló que el artículo 109 CP establece que la ejecución de un hecho ilícito por la ley como delito obliga a reparar en los términos previstos en las leyes los daños y perjuicios causados, y que el contenido indemnizatorio se refiere a los perjuicios morales (artículo 110, 3ª CP), comprendiendo tanto los perjuicios materiales como morales (artículo 113 CP). Añade que cuando los jueces deben declarar la existencia de la responsabilidad civil han de establecer razonablemente las bases en que fundamenta la cuantía de los daños e indemnizaciones (artículo 115 CP). En el caso concreto, la situación angustiosa de la mujer vivió por la incertidumbre de estar infectada por la transmisión del virus del Sida, su estado de ansiedad, el leve trastorno adaptativo que sufrió y la pérdida de entidad del bien jurídico protegido, determinó una indemnización que fue de 12.000 €.

Por último, en la SAP Pontevedra, de 30 de septiembre de 2010, en orden a la responsabilidad civil, la AP recordó los artículos 116 y 109 CP, y, dado que el Ministerio Público había solicitado que la víctima fuera indemnizada en la cantidad de 3.000 € por daño moral, estimó que no había ninguna objeción que hacer a su concesión, considerando que efectivamente se había producido daño moral, que derivaba de la importancia de los bienes jurídicos protegidos y de la gravedad de las acciones que los habían lesionado; en particular, el tribunal

señaló que se había de atender al daño en la dignidad y autoestima producidos, al carácter vejatorio de los actos correspondientes tanto a la concreta agresión sexual como a la agresión física sufrida por la víctima y al indiscutible impacto psicológico padecido por la mujer, pues no cabía perder de vista que ésta hubo de estar sometida a control y revisiones ginecológicas para descartar el contagio por VIH del que era portador el procesado, así como de otras enfermedades de transmisión sexual, razones por las cuales se entendió ajustada a derecho la cuantía indemnizatoria solicitada.

Curiosamente, también se impuso una indemnización civil (500.000 ptas.) en el caso de un hombre no seropositivo, que fue condenado por un delito contra la libertad sexual de un menor de edad, en el que, dado que el acusado no tenía anticuerpos del VIH, no había habido transmisión de dicha infección, por apreciarse que había habido un perjuicio dado el miedo al contagio ocasionado por las relaciones mantenidas (SAP Guipuzcoa Donostia-San Sebastián, de 7 de julio de 1999, SAP SS 1359, 1999).